TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

r

I

TRATADO

x

DE

DIREITO

PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXXIX

Direito das Obrigações: Compra -e- venda. Troca. Contrato estimatório.

TITULO XXIII

COMPRA~E~VENDA

PARTE 1

Conceito, natureza e eficácia da compra-e-venda

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DO CONTRATO DE COMPRA~E~VENDA

§ 4.265. *Negócio jurídico bilateral.* 1. Bilateralidade. 2. Promessa de transmitir titularidade. 3. Compra-e-venda e posse. 4. Finalidade do contrato de compra-e-venda. 5. Especialidade de algumas regras‟ jurídicas. 6.

Caracteristicas do negócio jurídico. 7. Compra-e-venda, oriunda de oferta ao público.

§ 4.266. *Objeto do contrato de compra-e-venda.* 1. Objeto e preço.

2.Compra~ venda de bem futuro. 3. compra-e-venda de bem alheio. 4. Objeto genérico e objeto específico. 5.

Proteção da saúde pública

§ 4.261. *Preço no contrato de* compra~e.venda. 1. Pré-ação do comprador. „2. Determinação do preço. 3. Direito de resolução. 4. Pré-exclusão do arbítrio na fixação do preço. 5. Natureza do preço na compra-e-venda

§ 4.268.Deterininaçâo *do preço e determinabilidade do* preço. 1. Deterndnação do preço. 2. Determinabilidade do preço. 3. Preço corrente e preço do vendedor. 4. Preços oficiais ou preços fixados pelo Estado. 5. Preço e seriedade. 6. Impossibilidade do critério seguido. 7. Critérios para a determinação.8. Arbitramento

§ 4.269. *Vendedor e comprador.* 1.Figuras do negócio jurídico bila-teral da compra-e-venda.2. Pessoas figurantes, nascituros e rio-concebidos. 3. Compra-e-venda e locação de serviços ou de obra. 4. Compra-e-venda e depósito.

5. Contrato de compra-e-venda e locação de coisa. 6. Compras-e-vendas e comissio 1 4.270. *Pré-contrato de compra-e-venda.* 1. Pré.eontratualidade e contrato de compra-e-venda. 2. Pré-contrato de compra-e-venda. 3. Elementos diferenciais do pré-contrato de compra-e-venda. 4. Eficácia do pré-contrato de compra-e-venda...

r

CAPITULO II

EFICÁCIA DO CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA E DO

ACORDO DE TRANSMISSÃO

~ 4.271. *Eficácia* e *bilateralidade.* 1. Irradiação de efeitos essenciais.2.Precisões sistemáticas. 3. Compra-e-venda com reserva de domínio

§ 4.272. *Eficácia* pessoal. 1. Divida e adimplemento. 2. Deveres do vendedor, 3. Deveres do comprador §

4.273. *Contrato de compra-e-venda* e *acórdo de transmissão* . 1. Precisões indispensáveis. 2. Validade e eficácia da transmissão.3.Exigência de transcrição e transmissão da propriedade.

CAPITULO XII

VALIDADE DO CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA

 4.274. *Regras juridicas gerais.* 1. Incidência das regras jurídicas sôbre invalidade. 2. Nulidade. 3 Anulabilidades

§ 4.275. *Proibições de comprar.* 1. Função de guarda, administração e vigilância e proibição de comprar. 2.

Tutôres, curadores,testamenteiros e administradores. 8. Administradores. 4. Procuradores : mandatários e representantes. 5. Empregados públicos. 6. Juizes, empregados da Fazenda, secretários de tribunais, escrivães e outros oficiais de justiça. 7. Leiloeiros.8.Sanção do art. 1.188 do Código Civil. 9. Extensão legal da incidência do art. 1.183 do Código Civil

§ 4.276. *Venda de ascendente a descendente.* 1. Regra jurídica invalidante. 2. Ato de disposição. 3. Assentimento dos outros descendentes. 4. Ação de nulidade de venda a descendente. 5. Parentesco na linha reta descendente. 6.

ArgUição de nulidade.7.Ato de disposição pelo descendente ao ascendente. 8. Eficácia sentencial PARTE II

Espécies de compra-e-venda

CAPITULO 1

COMPRAS-E-VENDAS CIVIS, COMERCIAIS E DE DIREITO PÚBLICO

§ 4.277. *Compras-e-vendas civis e compras-e-vendas de direito publico.* 1. Conceito. 2. Compras-e-vendas de direito público. 3. Compras-e-vendas administrativas. 4. Compras-e-vendas mercantis. 5. Relevância da compra-e-venda comercial

§ 4.278. *Entidades estatais e compro..-e-venda.* 1. Direito público e direito privado - 2. Direito civil e direito comercial

CÀPITULO XI

§ 4.280. *Espécies de compra-e-venda por amostra.* 1. Bem genérico.2.Amostra que ficou com o comprador 1004 4.281. *Garantias quanto ao bem vendido.* 1. Qualidades afirmadas.2.Função da compra-e-venda 1013 4282. *Amostras e objeto da compra-e-venda á vista de amostras.* 1.Amostra e entrega do objeto. 2. Sorte de amostra.. - 104§ 4.288. *Correspondência entre a amostra e* o *objeto vendido.* 1. Correspondência total e correspondência parcial. 2. Deveres do vendedor. 3. Compra-e-venda conforme tipo. 4. “Mais ou menos como a amostra”. 5. Inadimplemento pelo vendedor.6.Compra-e-venda por marca CAPITULO III

COMPRA-E-VENDA A CONTENTO

 4.284. *Conceito e natureza da compra-e-venda a contento.* 1. Conceito e finalidade. 2. Eficácia da compra-e-venda a contento.8.Compra-e-venda com faculdade de troca do objeto. 4. Remessa para troca. 5.

r

Aprovação e venda a contento. 6. Ônus da prova. 7. Prova, medida, $80 e experimentação. 8. Condição suspensiva e compra-e-venda a contento. 9. Prova,ensaio, exame e espécies de contrato de compra-e-venda.

10.Renunciabilidade do direito. 11. Restringibilidade do direito.12.Transmissibilidade do direito. 18. Exercício do direito. 1111

4.285. *Compra-e-venda com faculdade de substituição do bem por parte do comprador.* 1.

Compra-e-venda a objeto cambiável.2.Prazo para a troca do bem comprado. 3. Natureza do direito do comprador CAPITULO iv

COMPRA-E-VENDA MANUAL OU DE CONTADO, COMPRA-E-VENDA DE BENS IMÓVEIS E

COMPRA-E-VENDA DE PATRIMÔNIO

j 4.286. *Compra-e-venda manual ou de contado.* 1. Conceito. 2. Precisão científica do problema e da solução. 3.

Considerações críticas. 4. Consensualidade da compra-e-venda manual. 5.Objeto e pagamento no contrato de compra-e-venda

4.287. *Compra-e-venda de bens imóveis.* 1. Conceito. 2. Regras jurídicas especiais. 3. Registos da transmissão. 4.

O Código Civil, art. - 1.186. 6. Sanções do Código Civil, art. 1.136. 6.Falta de menos de um vigésimo. 7. Tributos que recaem no bem imóvel

.§ 4.288: *Compra-e-venda de patrimônio.* 1. Preliminares. 2. Compra-e-venda de herança. 3. Compra-e-venda de emprêsa ou estabelecimento. 4. Conteúdo e forma da compra-e-venda de emprêsa. 5. Tradição da emprêsa ou estabelecimento .

CAPITULO V

COMPRA-E-VENDA “LATO SENSU”

4.289.

4 4.290.

COMPRA.E-VENDA POR AMOSTRA

4.279. *Conceitos e finalidades.* 1. Conceito. 2. Eficácia da compra--e-venda por amostra ou prova *Precisões.* 1. Compra-e-venda e cessão. 2. Cessão de direitos sôbre elementos da propriedade *Compra-e-venda <ou cessão) de direitos não-creditórios.* 1.Técnica legislativa. 2. Responsabilidade do cedente.

3. Direitos não creditórios e cessão. 4. Outorga quanto a direitos. ..em sociedade. 5. Títulos de crédito, se há incorporação. 6. Bens que não são créditos nem coisas

CAPITULO Vi

PACTO DE RETROVENDA

§ 4.291. *Conceito e natureza do pacto de retrovenda* . 1. Conceito e finalidade. 2. Direito formativo gerador de retrocompra.

3.Exame das teorias sôbre o pacto da retrovenda. 4. Em tôrno da natureza do pacto de retrovenda. 5. Transrnissi bilidade do direito

§ 4.292. *Dados históricl sobre o pacto de retrovenda.* 1. Retrovenda de origem legal e retrovenda de origem negocial. 2. Hostilidade dos canonistas e dos teólogos. 3. Retracto gentilicio $ 4.293. Pacto *de retrovenda e acórdo de transmissão.* 1. Retrovenda transmissão. 2. Acôrdo de transmissão

§ 4.204. . 1. Requisitos formais. 2. Aformalidade do exercicio do direito formativo. 3. Tempo em que se pacta a retrovenda. 4. Negócio jurídico posterior ao contrato de compra-e-venda

§ 4.295. *Pressupostos da retrovenda.* 1. Elementos do negócio juridico. 2. Troca e outros negócios jurídicos. 8.

Finalidade da reserva. 4. Exercício do direito formativo. 5. Restituição do preço. 6. Legitimação ativa para o pacto. 7. Cláusulas do pacto de retrovenda. 8. Usura e retrovenda. 9. Objeto retrovendido e entrega. 10. Efeito do r

exercício do direito à retrovenda

§ 4.296. *Direito à retrovenda.* 1. Irradiação do direito à retrovenda. 2.Responsabilidade do comprador. 3.

Transferibilidade da direito à retrovenda . 4. Renunciabilidade. 5.

Clausula de inalienabilidade

§ 4.297. *Exercício do direito formativo gerador.* 1. Declaração para reaver o bem vendido. 2. Forma da declaração. 8. Exercício do direito formativo se incapaz o comprador. 4. Gravame e retrovenda. 5. Se há execução forçada que atinge o bem.

6.Pendência de processo de nulidade, de anulação, de rescisão, ou de resolução. 7. Indenização. 8. Retrovenda e garntias

§ 4.298. *pluralidade de vendedores.* 1. Dois ou mais vendedores e retrovenda. 2. Condôminos do prédio vendido.

8. Pacto de revenda, de que o de retrovenda é espécie

§ 4.299. *Restituição parcial do preço e remição parcial.* 1. Bem vendido e parte do bem vendido. 2. Cláusula esPecial

§ 4.300. *Direito formativo e indivisibilidade.* 1. Retrovenda e condição. 2. divisibilidade do direito. a.

Legitimação passiva.

§ 4.801. *Despesas do comprador.* 1Despesas de aquisição e de inversão. 2. Desvalorização do bem

§ 4.802. *Ação contra o comprador* 1. pessoalidade da pretensão.2.Composição da retrovenda. 3. Preclusão do direitoformativo e prescrição da ação

§ 4.308. *Ação contra terceiros adquirentes.* i. Pretensão e açãocontraosterceiros adquirentes. 2Discussão sôbre a naturezadaeficacia1

§ 4.804. *Frutos do bem retrovendido.* 1. A quem pertencem os frutos do bem antes da retrovenda. 2. Solução do problema....

§ 4.305. *Extinção do direito à retrovenda.* 1. Casos de extinção.2.Cessação de quaisquer efeitos PACTO DE MELHOR COMPRADOR

1 4.306. *Conceito e natureza.* 1. Conceito e origem. 2. Os arts. 1.158--1.162do Código Civil. 3. Direito de preferência do comprador. 4. Cláusula “salvo vendido”, ou “salvo venda no intervalo”

§ 4.307. *Eficácia do pacto de melhor comprador.* 1. Eficácia da. declarações unilaterais de vontade do vendedor e do comprador.

2.Natureza do contrato com pacto de melhor comprador. 3. Precisões
CAPITULO VIII

PACTO COMISSÓRIO

§ 4.808. *Conceito e natureza.* 1. “Lex commissoria”. 2. Direito anterior. 3. Pacto comissário. 4. Cláusula “salvo confirmação”ou “salvo recebimento em caixa

4.309. *Eficácia do pacto comisorio* 1. Resolutividade. 2Destazimento
CAPITULO IX

DIREITO DE PREEMPÇÁO

1 4.810. *Conceito e natureza da preempção* . 1. Técnica legislativa.

2.Conceito de direito de preferência. 8. Bem móvel e bem imóvel, preempção. 4. Código Civil, nrt. 1.157. 5.

Natureza do direito de preempção. 6. Troca e outros negócios jurídicos. 7. Forma do negócio jurídico. 8. Direito legal de preempção . 9. Pluralidade de titulares do direito de preempção 3 4.811. *Espécies e conteúdo da preempção.* 1. Desapropriação e direito de preferência. 2. Conteúdo da preempção. 3. Direito de prioridade. 4. Direito de opção

r

4.812. *Exercício do direito de preempção.* 1. Afrontação. 2. Prazo para o exercício do direito de preempção. 3.

Exercício do direito de preempção e eficácia da manifestação de vontade. 4.Cláusulas do negócio jurídico. 5.

Infração do direito de preempção. 6. Direito de preferência no condomínio PARTE III

Irradiação de efeitos da relação jurídica de compra-e-venda

CAPITULO 1

EFICÁCIA EM GERAL

§ 4.813. *Preliminares.* 1. Irradiação normal. 2. Contrato inválido (nulo ou anulável)229

4.814. *Poder de disposição.* 1. Poder de vender o bem. 2-Disposições eficazes e disposições ineficazes. 3.

Conclusão 4. Seainda há “exceptio rei venditae et traditae”

4.315. *Deveres do vendedor.* 1. Outorga pelo vendedor. 2 Dever de transmitir a propriedade. 8. Dever de transmitir aposse. 4.Dever de prestar como prometeu o bem vendido ....

4.816. *Determinações ineteas e compra-e-venda.* 1. Compra-e-venda e condições. 2. Condição potestativa. 3.

Entrega antes de implida a condição suspensiva. 4. Resolução em virtude de condição resolutiva. 5.

Compra-e-venda a prazo. 6. Compra-e-venda a prestações. 7. Clubes de mercadorias 4.317. *Transferência de posse, com ou sem tradição da posse própria.* 1. Posse própria e posse imprópria. 2.

Posse imediata eposse mediata. 3. Individuação e tradição. 4. Entrega dobem. 5. Tempo e lugar. 6. Faturas e conhecimentos- 7. Titulos ou documentos. 8. Procuração em causa própria e compra-e-venda

§ 4.318. *Deveres do comprador.* 1. Dever de pagar o preço. 2. Determinação do preço. 8. Quantia a ser prestada. 4.

Alegação e prova de não se ter determinado o preço. 5. A quem se paga, quem paga e lugar do pagamento. 6.

Dever de recepção. 7. Vicio do objeto vendido conjuntamente 8. Outros deveres do comprador

§ 4.319. *Compras-e-vendas à vista.* 1. Eficácia imediata e eficácia protraida. 2. Compra-e-venda manual ou de contado. 3. Acôrdo de transmissão

 4.320. *Compras-e-vendas a prazo.* 1. Conceito e precisões. 2. Seguranças e contrapesos às desvantagens. 3.

Cláusula de vencimento imediato do resto do preço. 4. Transferências feitas pelo comprador ou pelo vendedor. 5.

Compra-e-venda sob condição resolutiva. 6. Código Civil, art. 1-163 - 7. Compras-e-vendas para revenda *Transferências dos riscos* . 1. Preliminares. 2. Direito comum e direito reinícola. 8. Código Civil e Código Comercial.. 271 *Regulação dos riscos.* 1. Riscos do bem vendido. 2. Direito Civil e Direito Comercial. 3. Gêneros vendidos a êsmo ou por partida inteira. 4. Cláusula "cif". 5. Individuação do" bem e o pôr-se à disposição do comprador. 6. Infração do ato de pôr à disposição. 7. Vicios do objeto e riscos. 8. Remessa pura e remessa qualificada. 9. Compra-e-venda sob condição suspensíva e riscos. 10. Condição resolutiva e riscos.

11.Reserva da propriedade e risco. 12. Herança e outros patrimônios. ia. Arrematações e adjudicações tação da posse do bem vendido. 4. Posse de bens imóveis.5.Registo e propriedade. 6- Abstração do "animus" e do

„corpus". 7. Compra-e-venda com indicações posteriores.

§ 4.324. *Lugar e tempo do adimplemento.* 1.Princípios sôbre o lugare o tempo do adimplemento. 2.Assunção do dever de expedição. 3. Tempo do adimplemento.4. Contrato de compra--e-venda e contrato de fornecimento.5.

Frutos do bem vendido. 6. Títulos e documentos. 7.Expedição conforme ordem do comprador. 8. Cláusulas usuais

§ 4.325. *Qualidade e quantidade do bem vendido ou dos bens vendidos.* 1.Objeto da prestação. 2. Estado do bem vendido. 3. Impossibilidade superveniente da prestação. 4. Danos supervenientes à conclusão do contrato

§ 4.326. *Compra-e-venda com. reserva de propriedade.* 1. Precisões.2.Reserva de domínio. 3. Natureza da cláusula de reserva -de domínio. 4. Direito do comprador à posse e extinção do direito. 5. Restituição da posse o vendedor, 6. Transmissão da propriedade sob condição suspensiva. 7. Disposição do direito de expectativa. 8.

Venda do bem com reserva de propriedade. 9. Vinculação ao curso. 10. Vendedor não r

-proprietário e cláusula de reserva de propriedade. Ii. Especificação, confusão, adjunção e mistura 312

§ 4.827. *A quem se presta o bem.* 1. Princípios. 2. Contrato com reserva de nomeação do outorgado. 3.

Antecipação da informação do contrato. 4.

§ 4.828. *Responsabilidade por ato próprio, positivo ou negativo.* 1.Dever do vendedor. 2. Regra jurídica do Código Comercia!.329§ 4.829. *Responsabilidade pela evicção.* 1. Princípios. 2. Código Comercial

§ 4.330. *Responsabilidade pelos vícios do objeto.* 1. Vícios redibitórios. 2. Código Comercial CAPITULO III

ADIMPLEMENTO PELO COMPRADOR

~ 4.881. *Deveres do comprador* . 1. Dever principal. 2. Tempo e lugar do pagamento do preço - 3. Moeda do pagamento - 4. Inflação e pagamento do preço. 5. Títulos cambiários ou cambiariformes e adimplemento pelo comprador. 6. Proveitos. 7.Interêsses. 8. Indenização

§ 4.832. *Obrigações outras do comprador.* 1. Pagamento do preço e dívida de outras prestações. 2. Cláusulas contratuais....

Adimplemento pelo vendedor e pelo comprador

CAPITULO 1

ADIMPLEMENTO PELO VENDEDOR

5 4.323. *Prestação do bem vendido.* 1. Cumprimento dos deveres contratuais. 2. Prestação do direito de propriedade. 3. PresInadimplemento e suas conseqüências

CAPITULO 1

INADIMPLEMENTO E AÇÕES

§ 4.883. *Pretensões e obrigações.* 1. Dívida e pretensão. 2. Infração da obrigação. 8. Preço, juros da mora e danos

 4.834. *Ações.* 1. Conseqüências da infração da obrigação. 2. Entrega e indenização. 3. Resolução ou resilição independetemente de ação

§ 4.335. *Principios gerais.* 1. Preliminares. 2. Ação declarativa. 3.Ação de condenação por infração de dever pelo vendedor e pelo comprador. 4. Ação para adimplemento e ação de resolução por inadimplemento. 5.

Alternatividade das ações do comprador

§ 4.386. *Ações do comprador.* 1- Ação para adimplemento proposta pelo comprador. 2. Ação de resolução ou de resilição por inadimplemento, proposta pelo comprador. 3. Ação de preceito cominatório. 4. Ação redibitória e ação “quanti minoris”. 5. Responsabilidade extracontratual do vendedor..

§ 4.387. *Açõe. do vendedor.* 1. Ação para adimplemento proposta pelo vendedor. 2- Ação de resolução ou de resilição por inadimplemento. 8, Ação de resolução ou de resilíção por “mora creditoris” proposta pelo vendedor

<direito comercial). 4. Ação de resolução ou de resilição por inadimplemento proposta 4.338.

4.389.

§ 4.340. 3 4.341.

CONCEITO E NATUREZA DA TROCA

Conceito de troes. 1. Direito romano e troca. 2. Quando há troca. 3. Contraentes *Natureza do contrato de troca.* 1. Bilateralidade do contrato. consensual - 2. Correspectividade sem preço. 3

. Princípios das leis de direito privado. 4. Código Comercial, arts. 221--225

r

Vinculação e outros efeitos. 1. Vinculação. 2. Dividas e obrigações. 3. Riscos *Ações oriundas do contrato de troca.* 1. Ação declaratória.

2.Ação para adimplemento e ação de resolução por inadimplemento. 3. Ação por vícios do direito e ações por vícios do objeto. 4. Ação para adimplemento. 5. Resolução por inadimplemento. 6. Impossibilidade da prestação

§ 4.343. *Exemplos de contratos de alienação sem serem de compra-e--venda.* 1. Transação. 2. Contrato estimatório. 3. Negócio jurídico de comissão. 4. Contrato de inversão no capital social

§ 4 - 344. *Compra-e-venda e promessa de alienação sem ser compra-e-venda.* 1. Incidência de princípios. 2.

Sistemática da resolutividade

CAPITULO II

CONCEITO E NATUREZA DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

§ 4.845. *Conceito de contrato estimatório.* 1. Direito romano e contratoestimatório. 2. Consensualidade do contrato estimatório.

§ 4.346. *Contrato estimatório e contratos parecidos.* 1. Contrato de comissão de venda. 2. Contrato estimatóriO e sociedade. 3. Contrato estimatório e locação de serviços ou de obra. 4. Contrato de compra-e-venda condicional e contrato estimatório.5.Poder de disposição e contrato estimatório. 6. Fundo de emprêsa e poder de dispor. 7.

Contrato estimatório e direitoreal. 8. Contrato estimatório e compra-e-venda com reserva de domínio. 9. Contrato estimatório e negócio jurídico fiduciário. 10. Contrato estimatório e depósito. 11. Contrato estimatório e mandato.

12. Acôrdo de transmissão da propriedade e contrato estimatório

§ 4.347. *Elementos do contrato estimatório.* 1. Precisão conceptual.2.Figurantes. 3. Objeto do contrato estimatório. 4. Acordo sôbre o bem estimado e o preço. 5. Prazo para a escolha entre prestar a “a estimatio” ou devolver o bem. 6. “Contrato condicional” de

livraria

CAPITULO III

EFICÁCIA DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

§ 4.348. *Posse e poder de dispor.* 1. Consensualidade. 2. Atitute científica. 3. Entrega, adinkp1emento pelo outorgante. 4. Não há vinculação a vender .5. Risco da especulação. 6. Atos do outorgado durante a posse propria

§ 4.349. *Problema da propriedade do bem estimado.* 1. Outorganto e propriedade. 2. Posse do outorgado

§ 4.350. *Após o prazo.* 1. Quando se transfere a ropriedade2. Iitogral eficácia do contrato estimatório

§ 4.351. *Vinculação do outorgado.* 1. Prazo para a venda do bem.2.Preço. 3. Obrigações alternativas e contrato estimatório.

4.Divida da contraprestação. 5. Riscos do bem estimado e a entrega. 6. RestituIção pelo optorgado. 7. Frutos do bem estimado. 8. Renúncia à alternativa da restituIção. 9. RestituIção satisfatória e impossibilidade. 10.

Inadimplemento de obrigações do outorgado

TITULO XXV

CONTRATO ESTIMATÓRIO

CAPITULO

GENERALIDADES

CONCE1TO E NATUREZA DO CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA

r

§ 4.265. Negócio jurídico bilateral

1. BILATERALIDADE. O contrato de compra-e-venda é negócio jurídico essencialmente bilateral. Na linguagem portuguêsa e na brasileira, o nome é expressivo: compra-e-venda. Noutras línguas, os juristas satisfazem-se com um só têrmo: *achat, Kauf* (compra), *vendita.*

No direito brasileiro, tanto se compra-e-vende propriedade corpórea como propriedade incorpórea (industrial; intelectual, artística, científica), ou a posse do bem corpóreo, ou a posse do bem incorpóreo.

Não se chama compra-e-venda o contrato pelo qual alguém se vincula a *constituir* a favor de outrem direito real.

Há a bilateralidade, pode haver preço, há transmissão em senso largo (quem constitui transmite), porém não se perfaz a figura da compra-e-venda. (No Código Civil italiano, o art. 1.470 tomou atitude que apresenta muitos inconvenientes.)

No direito romano antigo, mais se prestava atenção à entrega da coisa e do preço do que ao *consensus.* As compras-e--vendas eram, de regra, de contado. Assim-todos os povos primitivos. *,* o adquirente colhia com a mio o bem, perante as testemunhas e o porta-balança *(tibrtpens),* e pronunciava a fórmula (Hune ego.., ex iure Quiritium meum esse aio, isque mibi emptus est (o) hoc aereque seneaque libra), e batia na balança com o pedaço de cobre, entregando-o ao alienante. O silêncio dêsse significava a conformidade com a tomada da coisa.

Nenhuma alusão ao negócio jurídico bilateral consensual. Nas compras-e-vendas sem formalidades, havia a *traditio* e o pagamento simultâneo do preço. Não havia, portanto, o contrato consensual, de que se irradiassem dividas e pretensoesMais tarde, *a moncipatio* fêz-se negócio jurídico, abstrato, de alienação, com o pagamento, enquanto nas compras-e-vendas de contado permanecia o negócio jurídico real.

Desde que se permitiu o prazo, tinha-se de pensar em dois negócios jurídicos distintos: o consensual, obrigacional, e o real da alienação . No século II antes de Cristo, o contrato consensual veio à tona, conceptualmente *antes* do acôrdo de transmissão, real e abstrato. A simultaneidade caracterizava o contrato de compra-e-venda de

contado.

A compra-e-venda de bens genéricos era desconhecida, mesmo no direito clássico e no pós-clássico. Havia prestações genéricas acessórias da prestação de bem especifico, na compra-e-venda, de que é exemplo o caso da L. 26, Th, *de actionibue empti venditi,* 19, 1 (ALFENUS VARUS) - Todavia, exemplos, que se apontam de compra-e-venda genérica de vinho, não são de admitir-se, porque, na verdade, nêles o vinho não era tido como bem genérico.

O comércio em grosso empregou a *stipulatio,* por ser mais própria aos negocio sôbre bens genéricos.

Diz o Código Civil, art. 1.122: "Pelo contrato de compra--e-venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro".

Lê-se no Código Comercial, art. 191, R alínea: "O contrato de compra 1

-e-venda mercantil é perfeito e acabado

logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições" entenda-se nas outras cláusulas; "e desde êsse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição". O art. 191 do Código Comercial precisa ser examinado prêviamente. A conclusão do contrato resulta do acôrdo do consenso. Concluso o contrato de compra-e-venda, há a vinculação, que é o efeito mínimo, e a irradiação posterior de efeitos.

A parte final do art. 191, 1.& alínea, do Código Comercial parece estabelecer que a condição suspensiva se refere à conclusão do contrato de compra-e-venda, e não só à eficácia. A confusão seria grave. Tem-se de ler a parte final como se lá estivesse dito: "Fica entendido que somente surgem as dívidas depois de implida & condição suspensiva". A condição suspensiva é cláusula que não atinge o contrato, em sua conclusão; existe porque o contrato existe; há a vinculação dos contraentes, e vinculação já é eficácia, O que está suspenso é o efeito ou são os efeitos a que a condição se refere. A obrigação do devedor irradia-se ao implir-se a condição suspensiva. Aliás, o próprio Código Comercial, no art. 218, estatui: "O dinheiro adiantado, antes da entrega da coisa vendida, entende-se ter sido por

conta do preço principal, e para maior firmeza da compra, e nunca como condição suspensiva da conclusão do contrato; sem que seja permitido o arrependimento, nem da parte do comprador, sujeitando-se a perder a quantia adiantada, nem da parte do vendedor, restituindo-a, ainda mesmo que o que se arrepender se ofereça a pagar outro tanto do que houver pago ou recebido; salvo se assim fôr ajustado entre ambos como pena convencional do que se arrepender (art. 128)". Não há *direito de arrependimento* se não foi explícita tal cláusula. Cf. Tomo V, § 547.

r

O art. 191, □

1 a alínea, 2a parte, do Código Comercial refere-se à perfeição (à plena eficácia), e não à conclusão do 9

contrato: "Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato -perfeito senão, depois de verificada a condição". Nos arts. 210 e 211, cogita-s < e de prazo preclusivo para a ação de redibição ou *quanti mznorzs.* No art. 206, fala-se dos riscos e sua transferência. Discutiu-se, na Justiça, se o prazo preclusivo, nas vendas condicionais, corria da tradição do bem, ou do implemento da condição. Evidentemente, não havia razão para a controvérsia. Tratava-se de *compra-e-venda com reserva de propriedade,* e não havia condição. De qualquer modo, só após a tradição é que se pode contar o prazo, mas êsse se há de contar independentemente de ter, ou não, transferência da propriedade.

§ 4.265. CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA

Basta a assinatura do comerciante abaixo das cláusulas, ou com a expressão "de acôrdo", ou outra semelhante, para se ter como concluído o contrato.

Lê-se no Código Comercial, art. 192: "Ainda que a compra-e-venda deva recair sôbre coisa existente e certa, é licito comprar coisa incerta, como por exemplo lucros futuros". Cf. Código Civil, arts. 1.118-1121 (contratos aleatórios).

Lê-se no Código Civil, art. 1.126: "A compra-e-venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem

no objeto e no preço". Desde que os figurantes acordarem no objeto e no preço conclui-se o contrato de compra-e-venda, com o efeito mínimo da vinculação. Tratando-se de compra-e-venda pura, a irradiação dos efeitos é *imediata.*

A condicionalidade, essa, pode ser suspensiva- ou resolutiva. A suspensividade atinge os efeitos, de modo que, fora o da vinculação, os efeitos ficam protraidos ao momento em que se dê o implemento da condição. A resolutividade atinge o contrato mesmo, conforme o conceito de resolução, tantas vêzes exposto nesta obra.

Certamente, o contrato pelo qual alguém se vincula a constituir a favor de outrem direito real muito se parece com o de compra-e-venda, mas o alienante, aí, é alienante de direito fracionário, transfere direitos e vinculações. O

problema de terminologia torna-se mais sutil a propósito da enfiteuse.

A cessão onerosa de crédito não é compra-e-venda, pôsto que possa haver o bem transferível e o preço (sem razão,G.BRANCA, *Istituzioni. di Diritio* privato, 475).

Na linguagem vulgar, insere-se o contrato de aquisição onerosa do direito de enfiteuse como compra-e-venda, ou como troca. Não há inconveniente nisso. O enfiteuta, o foreiro, hoje em dia, é *como* o proprietário e apenas tem vinculações como enfiteuta. O que importa é que o emprêgo da expressão "contrato de compra-e-venda" não deixe de atender às diferenças entre a aquisição, com preco, do domínio útil e a aquisição do domínio pleno.

O contrato de compra-e-venda é *negócio juridico bilateraI,* porque nasce de manifestações de vontade que se acordam,a do vendedor e a do comprador. Contrato, também é êle *contrato bilateral,* porque nascem dividas e, em geral, deveres ao vendedor e ao comprador. *Contrato oneroso,* porque o comprador promete prestar o correspondente ao que compra. *Contrato nominado,* que as leis disciplinam distintamente.

2.PROMESSA DE TRANSMITIR TITULARIDADE. Se alguém promete direito *e.* g., crédito, direito a patente está vinculado a prestar o direito prometido. Se êsse direito é de posse, ou de aquisição de bem corpóreo ou incorpóreo, sôbre o qual incida direito de propriedade, é de entender-se que prometeu tal, aquisição.

A compra-e-venda é o negócio jurídico mais freqUente, quanto à circulação dos bens. fl essencial ao regime social baseado no dinheiro.

A troca é de importância secundária. Daí o Código Civil, a respeito da troca, só ter o art. 1.164. Nos momentos de grave desvalorização da moeda, a troca substitui, algumas ou muitas vêzes, a compra-e-venda. Mas, no regime vigente, nem todos têm bens para trocar, e as perturbações oriundas das inflações podem ser profundas.

A economia hodierna baseia-se na compra-e-venda. O contrato de compra-e-venda apanha desde os negócios jurídicos de esquina, ou de rua (vendedores ambulantes e estacionários > até os que têm por objeto patrimônios.

Algumas compras-e-vendas estão sujeitas à aprovação ou à permissão das autoridades públicas, oU de leis especiais.

A compra-e-venda de bens genéricos (hortaliças, cereais, carnes, peixes) está subordinada a regras jurídicas que não seriam acertadas a propósito de compras-e-vendas de bens específicos.

A promessa de alienação de bem que não é coisa, nem, sequer, direito, não é contrato de compra-e-venda, pôsto que se tenham de invocar as regras jurídicas concernentes ao contrato de compra-e-venda. Tal o caso da "venda r

de segrêdo", ou da venda de clientela. Sem razão, TH. Kn"p, em B. WTNDSCHEID *(Lehrbuch,* ~J, 9~ ed., 628).

8. COMPRA-E-VENDA E POSSE. Se o vendedor apenas promete transferir a posse, ~ há contrato de compra-e-venda?

Muito se discutiu, sem pertinência. Advertiu-se que, se o promitente apenas se referiu à posse, afastou a eventualidade da evicção. Isso, em sistemas jurídicos que ligam a evicção à compra-e-venda da propriedade; portanto a sistemas inferiores ao brasileiro, poderia merecer atenção; mas a evicção é comum a todos os negócios jurídicos comutativos e há evicção pela tomada da posse por alguém que a ela tenha direito. Por outro lado, aquêles sistemas jurídicos, a que nos referimos, permitem a compra-e-venda a risco do comprador. Se o alienante da posse estava de má fé, se agiu dolosamente, o caso é de ação pelo dolo (anulabilidade do contrato de compra-e-venda).

A posse não é direito, é fato, pôsto que haja *direito àposse,* ou, melhor, possa haver *direito à posse.* Tanto a posse, dado fáctico, como o direito à posse, dado jurídico, podem ser objeto do contrato de compra-e-venda. A retirada da posse ou do direito à posse dá ensejo à invocação

dos princípios concernentes à evicção. Mesmo o vendedor da posse, se o outorgado desconhecia se tratar de posse de má fé, responde pela evicção~ Tal o princípio.

Aliás, o outorgante da propriedade, que não restringiu a garantia do *habere licere,* responde pela posse, que transferiu, salvo se a causa da evicção nada tem com o estado da posse qual fôra prometida e tradita.

A posse, quando se promete, é tão importante para o contrato de compra-e-venda como para todos os contratos em que a garantia pela evicção é invocável, que, se por alguma ocorrência, o outorgado não perde a posse, como se, a despeito do julgado, o outorgado não entrega o bem, por ter direito (posterior, necessâriamente) de usucapião, o vendedor não fica sujeito à indenizar, nem a outras conseqUências. Para isso, é preciso que o outorgado tenha procedido como exercente de tal direito. Se houve *sentença de condenaçáo,* com carga executiva de‟ *** *(a fortiori,* de ****), pode o outorgado entregar, se o outorgante não recorreu. Idem, se a sentença foi *sentença declaratór-ia,* ou se o outorgante reconheceu o direito do terceiro (assim, DOMENICO RUBINO, *La Compravendita,* 582 s; contra, RUCCERO LUZZATTO, *La Compravendita,* 221 s.) - Se e bem já estava sob a posse do terceiro e o outorgado perde a ação que contra êle propôs, responsabilidade pela evicção há,desde que, propondo-a, o outorgado trouxe à lide o outorgante, segundo as regras jurídicas sôbre a evicção.

Lê-se no Código Comercial, art. 200: “Reputa-se mercantilmente tradição simbólica, salva a prova em contrário, no caso de Orro, fraude ou dolo: 1. A entrega das chaves do armazém, loja, ou caixa em que se achar a mercadoria ou objeto vendido. 2. O fato de pôr o comprador a sua marca nas mercadorias compradas, em presença do vendedor ou com o seu consentimento. 8. A remessa e aceitação da fatura, sem oposição imediata do comprador.

4. A cláusula por conta lançada no conhecimento ou cautela de remessa, não sendo reclamada pelo comprador dentro de três dias úteis, achando-se o vendedor no lugar onde se receber a cautela ou conhecimento, ou pelo segundo correio ou navio que levar a correspondência para o lugar onde êle se achar. 5. A declaração ou averbação em livros ou despachos das estações públicas a favor do comprador, com acôrdo de ambas as partes”.

4.FINALIDADE DO CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA. A finalidade do contrato de compra-e-venda é a transferência da propriedade. Mas

tal contrato não a transfere; apenas tem por fim transferir. Não se há de confundir transferir e prometer transferir. A contraprestação há de ser em pecúnia. „Se não o é,o contrato é de *troca* ou *permuta,* e não de compra-e-venda. No sentido estrito, só se compra e só se vende direito de propriedade. Em senso larguíssimo, tôda aquisição de direito, real ou pessoal, com dinheiro, é contrato de compra-e--venda. Em senso largo, há contrato de compra-e-venda de domínio e contrato de compra-e-venda de direitos reais, mesmo quando não se incorporam em títulos representativos. O senso estrito é aquêle a que temos de atender na presente exposição, embora os seus princípios sirvam a contratos de compra-e-venda em senso largo, e a contratos de compra-e-venda em senso larguíssimo.

Conteúdo é o que dá a finalidade do negócio jurídico. Na compra-e-venda, a busca da propriedade; na locação, a do uso; no penhor, o *ius distrahendi* como fim último.

O vendedor e o comprador têm de dizer onde se há de dar a tradição. As despesas da tradição fá-las o vendedor, se nada se acordou em contrário. O art. 1.129 do Código Civil é *jus dispositivum.* E a mesma regra jurídica está implícita no direito comercial, porque o vendedor tem a obrigação de entregar no momento devido o bem que vendeu.

Qualquer meio de transmissão da posse basta para que se opere a satisfação. O art. 520, 1 e V, do Código Civil e o art. 200 do Código Comercial, como os interpretamos no Tomo X, §§ 1.084-1.086, 1.091, 1.098, são *sedes* r

materiae. Há a tradição *simples,* a tradição *brevi manu,* a tradição *longa manu,* a cessão da pretensão à entrega e o constituto possessório.

Para que haja a tradição *brevi manu,* por estar com o depositário, por exemplo, o bem vendido, é preciso que tal tradição se dê. Não se supõe. Não basta o contrato de compra-e-venda. Ésse pode estabelecer que só se entregue a posse própria ao ser pago o preço, como se no instrumento se diz que a compra--venda é à vista (Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de junho de 1988, *R. dos T.,* 116, 162: “A tradição da mercadoria é ato consensual e, na espécie, ela só teria lugar após a exibição do preço, na forma indicada pelos contratos de compra-e-venda, celebrados por intermédio dos documentos - - - Não se pode falar em renúncia do direito que assistia ao vemiedor de recolher para logo o preço combinado, porque, no caso examinado, o comprador, no momento de contratar, já detinha a mercadoria negociada por outro título. Assim, não houve tradição voluntária do vendedor, em ordem a presumir que o mesmo,

despojando-se de regalia contratual, abrira crédito ao comprador, por tempo indeterminado. É principio vulgarizado que, nas vendas à vista, os contratantes cumprem imediata e simultâneamente o contrato; o comprador paga o preço contemporâneamente à entrega da coisa").

5.ESPECIALIDADE DE ALGUMAS REGRAS JUrÍDICAs. Dentro mesmo da disciplina dos contratos de compra-e-venda, senso estrito, há regras jurídicas especiais. (A propriedade imobiliária e a mobiliária transferem-se diferentemente, mas pêlo contrato de compra-e-venda não se transfere, promete-se transferir. A propósito dos bens incorpóreos também há diferenças e não se refletem no contrato de compra-e-venda.) Alguns juristas exageram a distinção entre" a *constituição do direito real limitado* e a *alienação do direito real limitado.* Essa, certamente, já se dá após a existência do direito real limitado e aquela apenas o faz surgir. Em todo o caso, o dono do bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, de que se há de extrair o elemento necessário à constituição do direito real limitado, de jeito nenhum deixa de transferir êsse elemento, que é o mesmo que o titular do direito real limitado promete transferir. Assim, a constituIção do direito real limitado já é transferência do uso, do usufruto, ou de outro elemento da propriedade, pôsto que *inicial.* O argumento contrário, que consiste em se afirmar que falta à constituição o elemento da tradição, é falso. Se ao direito real limitado corresponde posse, necessàriamente essa se transfere no momento da constituição como se transfere no momento da transferência.

No contrato de compra-e-venda em senso larguissimo, ocorre, por vêzes, que não há transferência da posse, salvo de documentos que são apenas pertenças do direito. Os efeitos contra terceiros, ou a respeito de terceiros, produzem-se conforme regras jurídicas especiais, como a notificação do devedor cedido.

Quanto à propriedade de bens incorpóreos, tem-se de atender a que a teoria da posse, qual resulta da concepção brasileira, que é a mais perfeita, não permite que se pré-exclua a transmissão da posse sôbre bens incorpóreos, se há posse que ao direito corresponda.

Não se pode~ dizer que, pelo contrato de compra-e-venda se transfere ou se promete transferir a propriedade e a posse do bem vendido, od~ dos bens vendidos. A simultaneidade, no que se refere à compra-e-venda e à tradição, com a transmissão da propriedade, de modo nenhum traduz a correspondência entre a compra-é-venda e a sua conseqUência préstacional. Na compra-e-venda, com entrega imediata, ou simultânea, o que há é a simultaneidade de dois negócios jurídicos,

o da compra-e--venda e o da transferência (acôrdo ou acôrdos de transmissão). Nunca, por si só, o contrato de compra-e-venda transfere, simultânea ou imediatamente, a propriedade e a posse. Para que isso se dê é preciso que tenha havido o acôrdo ou os acôrdos de transmissão, explícitos ou implícitos.

Mesmo a propósito de bens genéricos, pode ocorrer que se conclua o contrato de compra-e-venda com a transmissão Imediata ou simultânea (= com o acôrdo de transmissão imediata ou simultânea). Por exemplo:

“transfiro a B, desde já, a posse dos três cavalos pretos, que lhe vendo, pelo preço tal, podendo escolhê-los quando quiser

Tôda gestão patrimonial supõe poder de vender, ou de comprar, ou de comprar e vender (venda de lotes, venda de frutos, aquisição de sementes, de adubos e de instrumentos rurais ou industriais). Até onde vão os podêres é questão de Interpretação da lei que rege a administração, ou do negócio juridico de que resulta a gestão. Não pode haver resposta a *pr<orl,* nem cabe simples critério econômico (cp. F. SÂNTORO

-PABBAnLLI, *Dottrine generali dei diritto civile,* 198 s.; G. MiR.ÀEELLI, 1 c. d. attl di amministrazione, *Scritti giuridici in onore di* ANTONIO SCIÃLOJÁ, III, 851).

r

6. CARACTERÍSTICAS DO NEGÓCIO JURÍDICO. Pelo contrato de compra-e-venda promete-se a transferência de direito de propriedade ou de posse. Não é *contrato transiativo. É* grave Urro, que até sé tem insinuado em legislações imitadoras do Código Civil francês, dizer-se que o contrato de compra-e-venda é transíativo. Transíativo é o acOrdo de transmissão, tranelativa é a tradição, o constituto possessório. Não, o contrato de compra-e-venda, que é consensual e somente gera divida, pretensões pessoais e ações pessoais.

O contrato de compra-e-venda é *contrato oneroso.* Cada um dos contraentes quer e procura vantagem econômica, prestando, por sua vez, outra vantagem ao outro contraente. Para „o vendedor, a vantagem é o preço; para o comprador, o bem.

Há correspectividade no contrato de compra-e-venda. A prestação do comprador, o preço, é correspectivo à prestação do vendedor, que é o bem, objeto da compra-e-venda. Há a bilateralidade, de que já falamos.

No momento da conclusão do contrato de compra-e-venda, sabe-se o que é que se presta e o que se contrapresta.

Diz-se, pois, que é *contrato comutativo.* Não há a álea. O problema da álea exeurge quando se vende *rea aperatae* ou quando se vende *spes,* porém seria afirmar-se a pura aleatoriedade em tais espécies. Vê-lo-emos adiante.

7. COMPRA-E-VENDA ORIUNDA DE OFERTA AO PUBLICO.

O contrato de compra-e-venda pode ser oriundo de oferta ao público a que se segue aceitação, como pode essurgir de oferta que atendeu a *invitatio ad offerendum.* Na *invita.tio ad* ali *erendum,* nem o invitante nem o invitado se vincula. Ésse só se vincula cont a sua oferta (para isso foi convidado) e aquile só se vincula com a aceitação, porque, em vez de oferecer, invitou,A oferta ao público é, como as outras. Dirige-se a todos, embora o *ex publico* tenha de aceitar. Pode dar-se que a aceitação por um esgote a oferta. Pode dar-se que sbmente após certo número de aceitações se opere a ineficácia da oferta, como se a oferta é de cem automóveis ou de vinte máquinas agrícolas, vendiveis separada ou conjuntamente.

Se o oferente declarou que entenderia feita a venda aos que, por exemplo „ até certo dia, aceitassem sem modificações, o problema é simples. Se, em vez disso, file declarou que considerava feita a venda a quem aceitasse com os preços mais altos, ou se tem tal figura como de oferta dos concorrentes, tendo sido feita sob nome de oferta do vendedor simples *invitatio ad offerendum,* ou como oferta a quem der mais. As circunstâncias é que têm de responder. Para que haja oferta, é preciso que se diga o preço, sem que se elimine a possibilidade de ser fixado entre *b* e *b*", para dar margem às aceitações, à maneira de concurso.

Quem deseja adquirir raramente faz oferta ao público. Frequentemente lança invitação a oferecer. Isso não significa que se não possa fazer oferta ao público de compra, indicando-se as qualidades do bem e o ~reço determinado ou determinável. Assim a exigência dos dois elementos essenciais está satisfeita. A oferta ao público, em se tratando de compra, pode ser, por exemplo, a de comprar terreno no Município A, ou na cidade B, com vista para o

mar, de tantos metros quadrados, ao preço de P por metro. É de oferta ao público que se trata, evidentemente, se o oferente acrescenta, por exemplo: “reputa-se fechado o negócio com quem primeiro se apresentar amanhã, às dez horas, no escritório à rua tal”.

A oferta ao público pode ser revogada, se diversamente não se dispôs. A revogação tem de ser feita com as mesmas formalidades de publicação com que se fêz a oferta.

Se a oferta ao público só se refere a um ou alguns bens, que devam ser vendidos em conjunto, a aceitação por alguém faz cessar tôda a eficácia da oferta. A aceitação é dita, então, *exauriente.* Todavia, a exaustão pode somente ocorrer após duas ou mais aceitações. Algo se passa como a propósito da *cláusula “salvo venda”,* sem que seja de identificar-se essa figura com aquela.

Tratando-se de *genus jilimitatum,* está implícita a cláusula de que só se oferece o- que esteja dentro das fôrças da emprêsa.

De regra, a compra-e-venda que se há de concluir com oferta ao público não é a crédito, porque não se sabe quem é o *unus ex publico* e se merece confiança. Porém isso de modo nenhum afasta que se ofereça a crédito, inclusive se se exige fiança de banco ou de casa comercial ou se o oferente exige a reserva de propriedade ou a gravação em garantia.

Os catálogos, as listas e os mostruários ou cadernos de amostras de ordinário somente contêm *invitationes ad offerendum.* Isso não implica ser impossível, por êles, fazer-se oferta ao público. Nada impede que o anunciante já se vincule, inclusive dizendo a data até a qual se tem por vinculado.

Nas *exposições de mercadorias,* ou *de objetos de arte* ou *de animais,* pode haver oferta ao público. Quase sempre porém não necessâriamente tal compra-e-venda é de contado. Passa-se o mesmo com as exposições e r

mostruários na própria emprêsa, pôsto que então mais se trate, pelas circunstâncias, de invitações a oferecer do que de oferta ao público. Aliás, a dúvida somente surge a propósito dos objetos expostos com preço, porque, se não há indicação do preço, ou o *unus ex publico* pergunta qual o preço, o que é pedir a oferta a pessoa já determinada, ou se trata de simples convite a oferecer. Não se pode acolher a opinião de VALERI *(Manuale di Diritto commerciale,* II, 70), segundo o

qual há oferta sempre que se expõe bem infungível (jóia, livro raro, peça antiga) e invitação se o objeto é produto fabricado em série. Ou - há oferta ainda não completa (ainda não é oferta, pôsto que possa vir a ser), ou há convite a oferta. Para haver oferta é preciso que contenha todos os elementos essenciais (objeto, preço determinado ou determinável, consenso).

Se houve oferta ao público, há de ser sujeita às regras jurídicas do Código Civil, arts. 1.080-1.088. A revogação há de ser na mesma forma da oferta, ou por meio mais eficiente. A retirada do objeto ou do preço do objeto que estava no mostruário, ou na exposição,. implica revogação da oferta ao público. Ou passa a haver oferta incompleta, ou simples invitação a oferecer.

§ 4.266. Objeto do contrato de compra-e-venda

1. OBJETO E PREÇO. Quando se diz que o objeto do contrato de compra-e-venda é o bem cuja propriedade se pode transferir põe-se em relêvo o fato da venda, em vez de se apontar o emprêgo do dinheiro. O objeto da compra-e-venda é, segundo tal concepção, o objeto da prestação prometida pelo vendedor. Isso não deve excluir que se fale do objeto da prestação do comprador, que é o preço.

A autonomia da vontade é deixada, em direito privado, desde a escolha das figuras jurídicas *(e. g.,* pode-se escolher o contrato de venda, ou o de locação, ou o de sociedade, ou o de parceria, ainda que só haja uma coisa> *a)* há a autonomia quanto à formação do contrato, oferta-se o que se quer, a quem se quer, quando e como se quer, aceita-se ou recusa-se e faz-se a altera~ão que se quer, como oferta de torna viagem; *b)* há a autonomia quanto ao conteúdo, de modo que os contraentes podem determiná-lo como entendam, desde que respeitem as regras jurídicas cogentes. Às vêzes, o direito elimina a escolha das categorias contratuais: na legislação canavieira, por exemplo, só há um tipo de contrato, que é o do Decreto-lei n. 3.855, de 21 de novembro de 1941. Criou-se mesmo *dever de contratar* e *obrigação de contratar,* de direito privado e de direito público, por parte das usinas e destilarias (arts. 39-42) e por parte dos fornecedores (arts. 43-47).

Em principio, qualquer pessoa pode fazer a oferta, que entenda, e o destinatário pode aceitar ou recusar qualquer oferta que se lhe faça. Autonomia da vontade, desde a formação do negócio jurídico, ali e aqui.

A) Todavia, como as declarações e as manifestações de vontade podem ser prometidas, pois são fatos do mundo exterior como quaisquer outros; são possíveis ofertas de manifestação de vontade para negócio jurídico futuro, e entram na classe da obrigação de fazer. t o *pactum de contrakendum,* o contrato preliminar, o pré-contrato, e até a promessa unilateral de declarar, ou manifestar vontade. O pré-contrato de contrato real é também possível.

B)Ao lado das obrigações de negociar, especialmente de contratar, estão as obrigações de negociar, ou de celebrar contratos, criadas *por lei.* Os negócios jurídicos mais vulgares são os de correios e telégrafos, de estradas de ferro e de bondes, de Onibus e autolotação (se assim os entende a lei municipal). os de transportes, os de fornecimentos de leite regulamentados e outros mais. São os negócios jurídicos forçados ou negócios jurídicos compulsórios.

Se a lei ou ato administrativo restringe a liberdade de contratar, o que se opera é incidência de lei ou do ato administrativo num dos elementos da compra-e-venda: ou no objeto <*e. g,* não podem ser vendidos os produtos de tais animais ou plantas), ou no preço *(e.* g., preços fixados pela lei ou pelo govêrno), ou na pessoa <*e. g.,* só os comerciantes com licença podem vender moedas estrangeiras). Quase sempre há imposição de contratar; em todo o caso> as regras jurídicas são a respeito do conteúdo do contrato.

2.COMPRA-E-VENDA DE BEM FUTURO. Se o bem ainda não existe, não é Isso obstáculo a que seja comprado e vendido. O contrato de compra-e-venda é consensual, Por file, promete-se. Tanto se pode prometer o que já existe como se pode prometer o que ainda não existe. Nada obsta, sequer, a que se acorde em que a propriedade e a posse se transferirão imediatamente após a existência do bem vendido. Não há a transferência da posse e da propriedade do que ainda não é *in rerum natura.* Porém nada obsta a que se prometa tal transferência e se acorde, desde logo, em que a propriedade e a posse se *trans/erirdo.* Prenhe a égua, nada impede que se venda e desde já se

transfiram a propriedade futura e a futura posse do poldro que pode nascer (e é provável que nasça) - Nos casos em que o bem vendido está inserto em outro, como os frutos, estabelece a existência do bem determinado e a propriedade e a posse se transferem conforme o acOrdo de transmissão. A existência do bem e a sua existência r

autônoma são dois conceitos diferentes: o fruto, inclusive o animal concebido e não nascido, existe, porém ainda não existe

autOnomamente. Ésse é *portio v:soerunt.* De qualquer modo, a compra-e-venda de bem futuro, como a de bem futuramente autônomo, já se perfaz com as declarações bilaterais de vontade; e nada obsta a que o próprio acOrdo de transmissão da propriedade e da posse se conclua para a eficácia no momento adequado, ou mesmo escolhido. <É êrro pensar-se em que o contrato de compra-e-venda de bem futuro seja contrato sob condição suspensiva, no que incorreram Luíci GASCÁ, *Trattato deila Compravendita.,* 1, 2.~ ed., 325, e outros, ou com a *condicio juris,* como A. SCULOJÁ, *Sa.ggi di vario diritto,* 1, 17, ou, ainda, compra-e-venda regácio jurídico antecipado, como DOMENICO RUBINO, *La Compra vendita,* 145 s., e *La Fattispecie e gil ef/etti giuridiei preilminari,* 87 s., 382 s. Tudo isso é artificial. A compra-e-venda conclui-se como qualquer outra. A diferença está em que a propriedade e a posse ainda não podem ser transferidas, porque ainda não existe o bem, ou ainda não existe autônomamente. O acôrdo de transmissão é que tem de marcar para mais tarde a transmissão da propriedade e da posse.)

A *emptio spei* vale e é eficaz. Uma vez que mais se prestou relevância à esperança do que à coisa (em vez da *emptio rei speratae,* tem-se a *emptio epei),* o comprador tem de pagar o preço mesmo se o bem não vem a existir, ou se nasce sem vida. O comprador levou em conta, para o preço, a probabilidade de êxito. Ás vêzes, tal compra-e-venda se incorpora em titulo, em bilhete, principalmente se há sorteio. Há, portanto, dois distintos contratos de compra-e-venda do bem futuro: a *em.ptio rei speratae,* em que o objeto mais importa e a esperança apenas concerne a êle; e a *emptio apei,* em que passa à primeira plana a esperança, por não ser grande a probabilidade de vir a existir. A compra-e-venda, ai, é compra-e-venda de esperança. Mais se compra a probabilidade que o objeto. Por isso,o preço é pago mesmo se nada se adquire. Aliás, casos há em que desaparece o elemento da futuridade, como se B vende a O o que herdou das terras de A. Pode ser que tais terras tenham sido reivindicadas por D, ou que não dêem para o pagamento das despesas do inventário, ou delas pouco reste. Na L.

11, D., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4, falou-se da venda da herança que possa haver (si qua sit hereditas, est tibi empta). Compra-se a esperança da herança (et quasi spes hereditatis) - o mesmo que vender-se a esperança da coisa, como na pesca com rêdes (ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus).

Na L. 8, pr., D., *de contra/tenda emptione d de partis znter emptorem et venditorem compositis et quae res ventre non possunt,* 18, 1, disse POMpÔNIO: “Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum

editus esse partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur:

sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse".

Na *emptio rei speratae,* há *vendita cunv re* (L. 8, pr, fl, *de contra/tenda emptione et de partis inter emptorem et venditorem com positis et quae res venire non. possunt,* 18, 1), de modo que, se não há a coisa, falha a vinculação.

POMPÔNIO falou de não haver venda, e essa não há de ser a explicação de hoje. Mas êle próprio disse que, às vézes, mesmo sem coisa *(sine re),* há venda, como qaando se compra a álea, o azar. Tal o caso da compra da pesca ou do apanhar de aves, ou de coisas que se atiram. Compra há e eficaz ainda mesmo se nada se colheu, porque a compra é de esperança (quia spei emptio est). A compra-e-venda de esperança é negócio jurídico aleatório (Código Civil, arts. 1.118-1.121), matéria que a lei civil brasileira explanou. As regras jurídicas sôbre a compra-e-venda, como contrato comutativo, e sObre a evicção incidem, salvo cláusula explícita ou implícita em contrário.

Na própria *eruptio spei,* o vendedor tem de proceder de tal maneira que não impossibilite, nem dificulte, nem falte á atividade necessária ao advento do que se espera.

Se a impossibilidade da prestação cessa antes de se implir a condição, não há objeto impossível, para que seja o negó

cio jurídico. O art. 1.091 do Código Civil di-lo explicitamente: "A impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição". O art. 1.091 parte do princípio de que a impossibilidade que existia antes do negócio jurídico e continuou até o implemento da condição, é impossibilidade invalidante, e não superveniente. Se a condição se imple, a impossibilidade não era a que se pensava. Tanto não era que cessou.

A impossibilidade que não existia à conclusão do contrato, mas adveio antes de se implir a condição, é impossibilidade que dá ensejo à resolução, conforme os princípios.

Não se pode distinguir da *emptio rei speratae* a *ernptio .spei* dizendo-se que, naquela, os contraentes consideram o bem, não como existente, mas sim como futuro, e, nessa, o vir a existir é apenas possível, embora não certo, nem provável. Não é aí que está a distinção, porém na assunção, pelo comprador da *spes,* dos riscos de não vir a existir, o que de certo modo descoisifica o bem futuro. Não a *res,* mesmo futura,

é o objeto da compra-e-compra r

da *spes;* o objeto é a esperança sôzinha. Tão-pouco se há de dizer que, na *emp tio rei speratae,* o que se tem em mira é a quantidade do bem.

Na *emptio rei speratae,* o objeto deve vir a existir, de modo que, se não vem a existir, o contrato não é eficaz. Na *emplio spei,* o contrato só tem por objeto o que pode vir a existir, e tem os seus efeitos mesmo se tal existência futura não advém. *Spes emitur, alea emitur* (L. 8, IX, *de contrahenda emptione et <te partis inter emptorem* a *venditorem compositis et quae res venire non possunt,* 18, 1, e L. 7, D., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4). A futuridade, na *eraptio rei speratae,* é quanto à *res,* que se tem por objeto da compra-e--venda. Na *emp tio spei,* a futuridade é a da transformação da s *pes,* objeto da compra-e-venda, em *res.* Ali, não se vende esperança; vende-se o bem, que, se não vem a existir, não foi nem é. Aqui, o que se vende é só a esperança: mesmo se a *res* não vem a existir, a *spes* foi e deixou de ser.

A aleatoriedade, na *emptio spei,* é quanto à prestação mesma. Na *emp tio rei speratae,* apenas quanto à quantidade. Álea a respeito do quanto, não do ser.

Na *emptio rei spectatae,* o que se compra-e-vende é o bem que ainda não existe, mas que se espera venha a existir.

O exemplo típica é a colheita. Já se esperam as ações de sociedade por ações cuja assembléia geral já deliberou que se subscrevessem e emitissem. A *emptio apei* é a compra-e-venda> plenamente eficaz, do que é apenas esperança, como se alguém vende o poldro ainda não concebido pela égua E, ou o primeiro poldro que fôr concebido antes de 31 de dezembro. Quem vende o prêmio que acaso vem a ter na loteria vende spes. Vende-se s *pes* quando se presta ou se há de prestar a preço, quer venha a existir, ou não, o que se espera.

A *emptio spei* é incondicional. Há eficácia da negácio jurídico mesma se úo vem a existir o que se vendeu.

Vendeu-se a esperança. Houve quem negasse poder a *spes,* a álea, ser objeto de compra-e-venda <F.

HOFMANN, *tYber das* Periculum *beim Kaufe,* 107 s.) ; mas absolutamente sem razão. Basta que se leiam a L. 8,

§ 1, D., 18, 1, a li 11, § 18, 18, i, a L. 12, D., *de actionibus empli venditi,* 19, 1, *a* L. 7, *a* L. 10, a L. 11, D., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4, e a L. „73, § 1, D., *ad legem Faleidiam, 85,* 2.

Nos exemplos que demos, o que mostramos é o que mais ocorre, porque o objeto vulgar da *emptio rei speratae* pode ser objeto de *ernptio epei,* como se comprei a colheita, mesmo se a inundação totalmente a destruir, ou se comprei as ações que a assembléia geral deliberou lançar mesmo se outra assembléia geral vier a deliberar que não mais se criem. Por igual, o objeto vulgar da *emptio spei* pode ser objeto de *emptio rei speratae,* como se compro o poldro que ainda não foi concebido pela égua, mas, se êle nflo nasce *(e.* g., se a égua fica estéril, nu morre), não lhe devo o preço.

A princípio tinham os juristas por exemplo, B. WINDSCHEID, nas primeiras edições como condicionais as compras-e-venda? de *res sperata* e as de *spes.* Mas F. ENDEMANN *(Die Lehre von der* emptio rei speratae *und* emptio spei, 1 s.; na *Grunhuts Zeitschrift,* 12, 345 s.) mostrou que nAo havia qualquer condição, salvo, somente na *emptio rei speratae, a condicio juris.*

A *emptio spei é* negócio jurídico aleatório, de modo que se lhe aplicam as regras juridicas sôbre a compra-e-venda,

atendido o art. 1.118 do Código Civil (cf. EDUÃRD BRÃUN, *Finden die Grundsâtze des Kaufes auf die* emptio spei *Ár&wendung?,* 1 a.).

Ainda pensava em compra-e-venda sob condição suspensiva, tratando-se de *emptio rei 8peratae,* M. 1.

CARVALHO DE MENDONÇA *(Contratos no Direito civil brasileiro,* 1, 332).

Nem sempre, na jurisprudência *(e. g.,* Tribunal de Justiça de Sio Paulo, 27 de novembro de 1925, *R. dos T., 57,* 123; melhor a sentença do Juiz de Alfenas, Minas Gerais, a 5 de maio de 1928, *R. F.,* 55, 218) e na doutrina, se presta atenção quanto a não se poder definir a *emptio rei speratae,* nem a *emptio spei,* por seu objeto, aprioristicamente. O mesmo bem futuro pode ser objeto de urna, como de outra: depende do que se acordou quanto ao risco da futuridade.

A incerteza quanto ao objeto é, na *emptio rei speratae,* elemento para só se ter como devido o preço se o bem vem a existir: o risco fica ao vendedor. Na *emptio spei,* ou *compra--e-venda de esperança,* vende-se a esperança mesma: o risco passa ao comprador, que, de qualquer modo, se insere em contrato aleatório típico. Não importa a existência

do direito futuro, O preço é devido desde o momento em que se conclui a contrato, embora a pretensão possa só surgir mais tarde, conforme cláusula de têrmo ou de condição suspensiva (que nada tem com a *emptio spei* em si>. Na *ernptio rei speratae,* falta a *res,* e aguarda-se que venha a existir para que se deva o preço. Na *emptio spei,* não: já existe o objeto, que é a *spes, a* esperança; e, no tocante ao contrato mesmo, não importa que r

venha a existir, ou hflo, o bem que se espera. O *an* e o *quantum* não vêm ao caso, porque o que se vendeu foi *spes.*

O vendedor, na *emptio rei speratae* e na *emptio s"pei,* tem de conduzir-se de tal maneira que não impeça a existência do bem futuro e esperado. O vendedor tem de praticar os atos necessários à possibilidade do nascimento do bem e de evitar tudo que a possa impedir. SAo dois, portanto, os conteúdos da vinculação do vendedor: o positivo e o negativo.

As circunstâncias podem pré-excluir a atividade positiva do vendedor, como se foi vendido o prêmio do bilhete, ou do torneio em que a vendedor não é parte. Todavia, guardar o bilhete no cofre é ato positivo.

Na *emptio rei speetatae,* o que se compra-e-vende é o bem que ainda não existe, mas que se espera venha a existir.

O exemplo típico é a colheita. Já se esperam as ações de saciedade por ações cuja assembléia geral já deliberou que se subscrevessem e emitissem. A *ernptio spei* é a compra-e-venda, plenamente eficaz, do que é apenas esperança, como se alguém vende o poldro ainda não concebido pela égua E, ou o primeiro poldro que fôr concebido antes de 31 de dezembro. Quem vende o prêmio que acaso vem a ter na loteria vende *spes.* Vende-se spes quando se presta ou se bá de prestar o preço, quer venha a existir, ou não, o que se espera.

A *emptio spei* é incondicional. Há eficácia do negócio jurídico mesmo se não vem a existir o que se vendeu.

Vendeu-se a esperança. Houve quem negasse poder a *spes,* a álea, ser objeto de compra-e-venda (F. HoFMANN, *Uber das* Periculum *beim Kau te,* 107 s.) ; mas absolutamente sem razao. Basta que se leiam a L. 8, § 1, 15., 18, 1, a L. 11, § 18, 18, 1, a L. 12, *15., de actionib"ILS empti venditi,* 19, 1, a L. 7, a L. 10, a L. 11, 15., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4, e a L. 73, § 1, 15., *ad legem Falcidiam,* 35, 2.

Nos exemplos que demos, o que mostramos é o que mais ocorre, porque o objeto vulgar da *emptio rei* speratae pode ser objeto de *em ptio spei,* como se comprei a colheita, mesmo se a inundação totalmente a destruir, ou se comprei as ações que a assembléia geral deliberou lançar mesmo se outra assembléia geral vier a deliberar que não mais se criem. Por igual, o objeto vulgar da *emptio spei* pode ser objeto de *emptio rei .s"peratae,* corno se compro o poldro que ainda não foi concebido pela égua, mas, se êle não nasce *(e. g.,* se a égua fica estéril, ou morre), não lhe devo o preço.

A principio tinham os juristas por exemplo, B. WINDSCUEID, nas primeiras edições como condicionais as compras-e-venda?de *res sperata* e as de *spes.* Mas F. ENDEMANN *(Die Lehre von der* emptio rei speratae *und* emptio spei, 1 s.; na *Grilnhnts ZeitschrUt,* 12, 345 s.) mostrou que não havia qualquer condição, salvo, sómente na *emptio rei speratae, a condicio inris.*

A *emptio spei é* negócio jurídico aleatório, de modo que se lhe aplicam as regras jurídicas sôbre a compra-e-venda,atendido o art. 1.118 do Código Civil (cf. EuuAlW BRAUN, *Finden die Grundsdtze des Kaufes auf die* emptio spei *Ãn-. wendung?,* 1 s.).

Ainda pensava em compra-e-venda sob condição suspensiva, tratando-se de *emptio rei speratae,* M. 1.

CARVALHO DE MENDONÇA *(Contratos no Direito civil brasileiro,* 1, 332).

Nem sempre, na jurisprudência *(e.* g., Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de novembro de 1925, *R. do8 72.,* 57, 123; melhor a sentença do Juiz de Alfenas, Minas Gerais, a 5 de maio de 1928, *1?. 9.,* 55, 218) e na doutrina, se presta atenção quanto a não se poder definir a *emptio rei speratae,* nem a *emptio spei,* por seu objeto, aprioristicamente. O mesmo bem futuro pode ser objeto de uma, como de otra: depende do que se acordou quanto ao risco da futuridade.

A incerteza quanto ao objeto é, na *emptio rei speratae,* elemento para só se ter como devido o preço se o bem vem a existir: o risco fica ao vendedor. Na *emptio spei,* ou *compra-e-venda de esperança,* vende-se a esperança mesma: o risco passa ao comprador, que, de qualquer modo, se insere em contrato aleatório típico. Não importa a existência do direito futuro. O preço é devido desde o momento em que se conclui o contrato, embora a pretensão possa só surgir mais tarde, conforme cláusula de têrmo ou de condição suspensiva (que nada tem com a *emp tio spei* em si>. Na *emptio rei speratae,* falta a *res,* e

aguarda-se que venha a existir para que se deva o preço. Na *emptio spei,* não: já existe o objeto, que é a *spes,* a esperança; e, no tocante ao contrato mesmo, não importa que venha a existir, ou não, o bem que se espera. O *cm* e o *qizantnm* não vêm ao caso, porque o que se vendeu foi spes.

O vendedor, na *emptio rei speratae* e na *emptio spei,* tem de conduzir-se de tal maneira que não impeça a existência do bem futuro e esperado. QL vendedor tem de praticar os atos necessários à possibilidade do nascimento do bem e de evitar tudo que a possa impedir. São dois, portanto, os conteúdos da vinculação do vendedor: o positivo e o negativo.

As circunstâncias podem pré-excluir a atividade positiva do vendedor, como se foi vendido o prêmio do bilhete, ou do torneio em que o vendedor não é parte. Todavia, guardar o bilhete no cofre é ato positivo.

Quando o vendedor tem de cuidar dos elementos de que pode provir o bem *(e. g.,* compra-e-venda de poldro que r

se concebeu como *spes),* a diligência há de ser em concreto, *quam iii suis.*

Seja como fôr, nada se pode estabelecer *a priori.* Os deveres do vendedor são os que o caso faz surgirem. Às vêzes, os deveres de atividade positiva são tais que se aproximam dos deveres (não se identificam com êles) oriundos de locação de serviço, ou de obra. A identificação é de repelir-se, porque nesses contratos há comutatividade, em vez da aleatoriedade intrínseca ao contrato de compra-e-venda de esperança. Pensou-se em que, nó contrato de obra, o que importa é o resultado, ao passo que se abstrai, na *emptio epei,* do resultado. Mas verdade é que há contratos de obra em que o resultado não é essencial *(e.* g., operação cirúrgica, cf. E. RIEZLER, *Der Werkvertrag,* 24; GUSTAV RÚMELIN, *Diensvertrag und Werkvertrag,* 306).

Se o vendedor não adimple o seu dever, quer quanto ao cdhteúdo positivo quer quanto ao negativo, de jeito que a existência não advenha por sua culpa, há a resolubilidade do contrato de compra-e-venda. Não cabe, no direito brasileiro, discutir-se isso, porque a letra da lei é clara (Código Civil, art. 1.118) : “Se o contrato fôr aleatório, por dizer respeito a coisas futuras, cujo risco de não virem a existir assuma o adquirente, terá direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tenha havido culpa, ainda que delas não venha a

existir absolutamente nada".

Deve-se essa claridade de expressão a TEIXEIRA DE FREITAS, *Esbôço,* art. 2.109, razão por que falta nos outros sistemas jurídicos.

Não pode haver dúvida quanto à resolução por inadimplemento nos contratos aleatórios, porque, sendo bilaterais, o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil incide. No direito italiano, por exemplo, ainda se discute (cf. L.

Mosco, *La Risoluzione dei contratto per inadempimento,* 140 s.; contra, DOME-NICO RUBINO, *La Compravendita,* 170).

A propósito da *empt{o spei* não se podem invocar regras jurídicas sôbre a *lesio enormis,* sôbre a *usura,* ou sôbre *vícios redibitórios* e garantia por *evicção.* Mas as leis sôbre jôgo podem ter de ser aplicadas, se os seus pressupostos se compõem. Sem razão, quanto aos vícios redibitórios, LIxo SALIS *%La Com pravendita di cosa futura,* 28 e 74). Quem fala de vícios redibitórios fala de vícios que eram ocultos. Os vícios da *spes* são vícios posteriores, vícios ao tempo em que ela se fêz *res.* Não se pode pensar na responsabilidade de quem não tem culpa: o futuro é oculto para todos, para o vendedor como para o comprador.

Com a resolução, há o ressarcimento dos danos e a restituição do preço, se fôra pago.

A *emptio spei é* contrato de compra-e-venda, no qual a intromissão da álea fêz aplicável o que concerne aos contratos aleatórios.

Se o bem nasce, tudo se passa como a respeito das outras compras-e-vendas, pois a álea desapareceu. No momento do nascimento, salvo cláusula que o afaste, tem de ser prestada a *res,* uma vez que da *spes* não há mais cogitar-se. A propriedade, em princípio, pertence ao comprador, sem que atravesse o património do vendedor. A *epes* fôra transmitida. A *res* exsurge da *spes.* A compra-e-venda de esperança, a *emptio* spei, foi venda sem prazo para a entrega. Tudo ocorre como se a *res* nascesse da *spes.* Como os elementos fácticos estão com o vendedor, provàvelmente, a êle incumbe a tradição da posse imediata. Somente da posse imediata, porque a posse mediata própria resultou da *spes.*

Se o pagamento foi a prazo, ou marcado para o dia em que se teria o nascimento (o que é difícil que se estipule), tem-se de invocar o *principio da co-pontualidade,* para que com a tradição coincida o pagamento.

Sempre que há dúvida quanto a se tratar de *emptio rei 8?peratcLe,* ou de *emptio spei,* tem-se de entender que a compra--e-venda é *emptio rei speratae.* Não se há de interpretar o negócio jurídico como, em caso de dúvida, sendo aleatório. Álea não se presume.

Os textos romanos mostra que se tacteava, que se procurava inserir na figura do contrato de compra-e-venda negócio jurídico que se concebera *quase* como de *epes* ou *alea.* Por outro lado, a vinculação e os deveres do vendedor auxiliavam a inserção.

Nos nossos dias, tentaram substituir à *epes,* como objeto, a atividade do vendedor, conecta a outros elementos fácticos (a fêmea de que pode nascer a *res,* o animal que talvez se cace). Tanto é artificial a explicação como a de haver dois contratos (o de compra-e-venda e outro atípico) intimamente ligados (união alternativa de dois negócios jurídicos).

A compra-e-venda da esperança, a *emptio spei,* é contrato bilateral: um contraente dá o preço; o outro, a *spes.* Dar a *epes* é menos do que dar a *res,* mas é dar o que importa a *res,* se nasce, o que juridicamente perfaz a *res.* Muito se exagerou a diminuição que a álea produz, ao dizer-se que as prestações, na *emptio spei,* como em Óutros contratos aleatórios, são desiguais, desproporcionadas (cf. L. Mosco, *Onerosità e Gratuitd degli atti giuridici, 98).* Pensa-se também no jôgo, nos seguros, nas vendas vitalícias. Pode-se perder, mas pode-se ganhar. A desproporcionalidade ondula. Não se pode saber, antes, quem mais presta. Quem aposta põe-se em duas posições.

Quem joga, diante de outrem, que também joga, percebe que há duas áleas e uma só esperança. Q contrato de r

seguro é contrato aleatório por sua natureza (cf. M. STOLFI, Appunti critici sui contratti di durata, *Studi in inemoria di* B. SCoRZA, 837) e as prestações do segurador são vinculadas, no tempo, pela probabilidade, que é comum a todos os contratos que êle concluiu.

3.COMPRA-E-VENDA DE BEM ALHEIO. Uma vez que o contrato de compra-e-venda é consensual e por êle só se promete a transmisão da propriedade e da posse, ou só da posse, nada obsta a que seja objeto de tal contrato o bem alheio, isto é, o bem de propriedade, ou de posse, ou de propriedade e de posse alheias. Não há qualquer invalidade, nem ineficácia. Se o vendedor vem a prestar, por ter adquirido o bem, ou por ter encarregado o dono, de prestar a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse, cumpriu o

que prometeu. Se falha, inadimpliu, e há as conseqUências do inadimplemento. Se prestou propriedade, ou posse, em vez prestar propriedade e posse, houve *adimplemento ruzm.*

A compra-e-venda do bem alheio é eficaz apenas entre o vendedor e o comprador. Não se pode dízer~ *a priori,* que□ não tenha efeitos quanto ao terceiro, porque isso depende deoutro negócio jurídico, ou situação de direito, entre o vendedor e o terceiro. O terceiro pode propor contra o vendedor as ações que lhe tocam, e talvez não tenha ações, nem pretensões, nem direitos, a despeito de ter sido o dono. Em principio, pode reivindicar, ou vindicar a posse, ou exercer alguma ação possessória ou obrigacional. A usucapião pode operar-se a favor do adquirente de boa fé, ou, mesmo, de má fé.

Pode-se vender o próprio bem que está sob a posse do comprador, quer tenha o vendedor alguma posse, quer não.

Também é possível vender-se a posse do bem de que é dono o comprador (L. 34, § *4,* D., *de contra/tenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem com positis et quae res venire non possunt,* 18, 1: "Rei suae emptio tunc valet, cum ah initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in judicio possessionis potior esset").

<A respeito do constituto possessório, cabe advertir que, fértil em erros, sempre que a matéria exige conhecimento sério, CUNHA GONçALVES, *Da Compra e Venda no direito comercial brasileiro,* 322, escreveu que, tendo havido constituto possessório, se o vendedor vende pela segunda vez o bem de que tem posse e o entrega ao segundo comprador, a tradição real prevalece contra a puramente contratual. Além da terminologia inadequada, há completa insciência da doutrina da posse, o que êle revelava a cada passo. O vendedor, em caso de constituto possessório, tem a posse imediata e ao comprador coube a posse mediata *própria.* Quem vende o bem de que só tem a posse imediata vende bem alheio. O segundo comprador não se faz dono, porque a posse que do úendedor recebeu somente pode ter sido a posse imediata, não a posse mediata própria, que permanece, *ex hypothesi,* com o primeiro comprador *adquirente do bem vendido.)* A posse pode transferir-se mesmo pela cessão da pretensão à entrega, de modo que o vendedor, que é dono e não tem posse, mas há direito a ela, cedendo a pretensão, cede o que e seu. Se é preciso propor-se a ação de reintegração da posse, deve-se entender que a compra-e-venda se concluiu e o adimplemento é que pode ser *ruim,* ou retardar-se. Nada disso altera, conceptualmente, o contrato de compra-e-venda. Concluído foi, e somente se pode entender que as dificuldades

concernem ao adimplemento pelo vendedor, e não ao contrato de compra-e-venda em si mesmo.

A compra-e-venda de bem alheio pode fazer-se aludindo-se ao direito que tem o vendedor a haver de outrem o bem, mas aí havemos de distinguir a compra-e-venda do bem reivindicável, ou da posse vindicável, ou restituível, e a compra-e-venda do bem que não é do vendedor. Quem tem pretensão e ação de reivindicação tem direito ao bem; dono é, portanto. Não há, aí, compra-e-venda de bem alheio: há compra-e-venda de bem próprio, que está sob o poder de outrem. Se o vendedor diz que vende a propriedade e a posse, mas explica não ter, no momento, a posse, o contrato de compra-e-venda é duplo: é contrato de compra-e-venda do domínio do bem próprio (o vendedor tem a propriedade do bem) e compra-e-venda de posse alheia. Seja como fôr, o contrato de compra-e-venda se conclui sem que se possa entrar na indagação de ser alheio ou não o que se vende. O vendedor promete a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse, e de maneira nenhuma se pode apurar, para a validade ou para a eficácia do contrato de compra-e-venda, se ao tempo da conclusão do contrato é dono ou possuidor o vendedor. A referência a essa circunstância apenas serve de esclarecimento no que toca ao adimplemento, ou à natureza da adimplibilidade.

As confusões que apareciam, no que concerne a compra-e--venda de bem alheio, apenas eram fruto de outra mais grave:

r

a confusão entre o contrato de compra-e-venda, que é consensual, e o acôrdo de transmissão da propriedade e o da posse, ou só da propriedade ou só da posse.

Se o vendedor promete vender o bem se vier a adquiri-lo, então sim há promessa de venda, e não venda sob condição suspensiva: a promessa de venda é que fica dependente da aquisição; não se prometeu prestar, prometeu-se vender. Não se vendeu suspensivamente; prometeu-se a venda. Há pré-contrato. Isso não quer dizer que se não possa conceber contrato de compra-e-venda sob condição suspensiva *(e. g.,* vender o bem tal, se B não optar pela aquisição, ou se o vendedor vencer na ação de reivindicação).

Em princípio, quem vende bem alheio só se vincula a prestar logo que o adquira. Todavia, pode o contrato esta belecer, explícita ou implcitamente, *quando* se haja de prestar. Se o vendedor aludiu ao fato de não ser proprietário, ou possuidor, do bem, há de entender-se que tem de prestar quando adquira, se não se disse que teria de ser imediatamente, ou dentro de prazo, ou a certo dia. A regra jurídica do Código Civil italiano, art. 1.478, estatui que o comprador se faz proprietário no momento em que o vendedor adquire o bem. Tal regra jurídica atribuiu demasiada importância ao fato de se tratar de bem alheio. Ora, os vendedores que não se referiram ao fato de não serem proprietários, estariam sujeitos a injustas restrições aos seus direitos de adquirentes, como, por exemplo, a respeito de vícios redibitórios. A propriedade transfere-se conforme ocorrer a prestação. Se assim não se assenta, desconsensualiza-se o contrato de compra-e-venda e cai-se na confusão entre negócio jurídico de compra-e--venda e negócio jurídico de transmissão da propriedade, ou da propriedade e da posse, ou só da posse.

4. OBJETO GENÉRICO E OBJETO ESPECÍFICO. O *objeto* da compra-e-venda pode ser determinado ou apenas determinável. A determinabilidade ou resulta de vontade dos contraentes, inclusive se deixaram ao arbítrio de terceiro, ou da lei, que impõe a espécie que no lugar e no tempo pode ser vendida.

Determinação somente há quando se precisa qual o objeto que se vende. Diz-se, então, objeto específico, bem especifico. A compra-e-venda em massa é compra-e-venda específica, pois que se compra~e-vende, por exemplo, todo o vinho que está no depósito da rua tal, ou tôda a maquinaria de que pode usar a emprêsa, tôda a colheita, todos os animais que nascerem durante o ano, tôda a produção de ovos da granja do vendedor. Não importa se o preço é global, ou por medida, ou pêso. Nas compras-e-vendas globais, ou em massa, os riscos são do comprador, pois a tradição se dá no momento da conclusão do contrato, salvo cláusula em contrário, explícita, implícita ou tácita.

Se o vendedor e o comprador aludem a certa quantidade de bens que hão de ser tirados de determinada massa, procurou-se pensar em terceira classe de compras-e-vendas no tocante aos objetos. Não se trataria de compra-e-venda de bem específico nem de compra-e-venda de bem genérico. A sutileza não se justifica. Houve limitação do gênero, mas com isso não se eliminou o gênero. A massa, toda , seria objeto específico; a fração , de modo nenhum, porque comprar três caixas de vinho das que estão na adega do lado direito da casa não é comprar bens específicos. A escolha toca ao vendedor, se não se dispôs

díversamente.

As *universitates facti (corpora ex distantibus)* são objetos de massa. A compra-e-venda é de objeto em massa, sempre que se compra-e-vende *universitas .tacti.* Os arts. 865-868 do Código Civil incidem, e não os arts. 876 e 877. Cf. arts. 54-56.

Os patrimônios são sempre bem especifico.

A compra-e-venda pode ser de *pluralidade de bens específicos.* Há duas ou mais compras-e-vendas num só instrumento de contrato. Se há pluralidade de contratos ou se há um só contrato é questão de interpretação do negócio jurídico. Não basta para que se tenha de falar de unidade de contrato que o momento em que se toncluiu a operação tenha sido um só.

Há cumulatividade, e não alternatividade; há pluralidade de bens específicos, que se vendem em globo, ou por alusão ao conjunto. Escusado é dizer-se, por ser óbvio, que, se há relação de pertinencialidade, só há um objeto e, pois, um só contrato. O preço é elemento para a interpretação da operação de compra-e-venda. O preço para todos os bens induz a pensar-se em contrato único. *Aliter,* se os bens têm preços diferentes. O preço por unidade é preço para todos. Nenhuma dessas proposições é de valor absoluto. Por outro lado, o que têm por fito os contraentes, ou o comprador, pode alterar a ilação (relevância do motivo, cf. DOMENICO RUBINO, *Xl Negozio indirelto,* 114

s.) - Uma das consequências, quando está em exame pluralidade de objetos, é a de não se estender ao outro ou aos outros negócios jurídicos a nulidade, a anulação, a ineficácia ou qualquer outra causa de desconstituição . No caso de contrato único, pode ser que seja de invocar-se o art. 153 do Código Civil.

O bem imóvel pode ser objeto de contrato de compra-e--venda de bem genérico. Não há razão para se excluir tal possibilidade Quando o loteador vende *um dos* lotes do terreno loteado, ou quando vende *dois* ou *mais* sem dizer qual dêles, ou quais dêles vende, há compra-e-venda do bem genérico.

r

O acôrdo de transmissão é que terá de determinar o que se vende. O bem, que se vendeu, era determinável, cabendo a escolha, salvo cláusula em contrário, ao vendedor.

Também é permitida a compra-e-venda alternativa de bens imóveis.

5.PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA. Algumas mercadorias têm de ser afastadas do mercado por serem danosas à saúde pública. O objeto é, então, ilícito, e há a sanção de nulidade. É o caso dos remédios secretos, dos animais atacados de moléstias contagiosas, das tintas e loções de cabelo que contêm substâncias venenosas, bebidas prejudiciais aos órgãos internos e aos dentes.

§ 4.267. Preço no contrato de compra-e-venda

1.COMPRADOR. O comprador presta o preço. Sem preço, não há compra-e-venda, pôsto que possa haver preço sem que o contrato seja de compra-e-venda.

Quando se promete, em negócio bilateral, em que há contraprestação em dinheiro, fundo de emprêsa ou estabelecimento, ou outro patrimônio, há compra-e-venda.

O preço tem de ser em dinheiro. Mas &que é que se entende por dinheiro? O dinheiro, com que se há de pagar, não é, necessariamente , a moeda corrente no lugar em que se faz o pagamento. Pode ser moeda estrangeira, se corrente; *e.* g., dólares novos francos, franços suíços, libras esterlinas, liras, florins. Não se trata de troca, mesmo se se pré-exclui o adimplemento em cruzeiros, ou‟ na moeda do lugar. Se tal cláusula é permitida, diante da legislação de direito público, é questão *de iure condito.*

O câmbio de cruzeiros por dólares, francos, libras esterlinas, florins, ou outra moeda estrangeira, ou vice-versa, é compra-e-venda, e não troca. A moeda nacional é que se reputa preço. A moeda estrangeira figura como mercadoria *(G.* HARTMANN, *Uber den rechtlichen Regriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden,* 42). É

de repelir-se a opinião de 41.RIESSER, Die rechtliche Natur des Geldwechslergeschãft, *Jahrbiicher fUr die Dogmatik,* 20, 231), segundo a qual dinheiro, como preço, teria de ser dinheiro em senso estrito.

2. DETERMINAÇÃO DO PREÇO. Quando se vende a prazo, seja a prestações sucessivas seja a prazo certo, o vendedor expõe-se a que, no intervalo, o valor do bem cresça inesperadamente, ou por escassez, ou

por inflação da moeda, ou por outra causa. Daí a necessidade de se acobertar das mudanças o negócio, mediante cláusulas de venda, de entrega, de pagamento.

8. DIREITO DE RESOLUÇÃO. Um dos meios de segurança é a cláusula que estabeleça o *direito de resolução* .

Se é exercido, cada contraente tem de devolver o que recebeu. Não vale a cláusula segundo a qual, em caso de resolução, não tenha o vendedor de devolver o preço receb do, ou o que por conta do preço recebeu; e o contrato fica incólume. Tratar-se-ia dc *clausula de deseficacização* (Verwirkungsklausel). Também é nula a cláusula pela qual, em caso de resolução legal, não haja a devolução. A cláusula de reserva de domínio é cláusula de resolução, com as consequências de ter o comprador de restituir o benefício obtido com o uso ou o uso e o fruto ou só a fruição do bem, no que se atingiu o valor do bem, e de pagar a indenização dos danos causados ao bem. Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 35, § 2, estava escrito: "E disserom ainda (os *antigos, que compilarom os Direitos),* que certo deve seer o preço, em que se acordam o comprador e o vendedor, pera valer a venda, cá dizendo o vendedor assy contra o comprador, *vendo-te esta cousa por quanto tu quizeres,* ou *por quanto eu quizer,* tal venda como esta non valeria.. ." Passou isso às Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 23, § 1, e às Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 1, § 1.

A expressão "não valeria" está em sentido próprio. Trata-se de nulidade, e a regra jurídica do art. 1.125 do Código Civil, qu~ se refere a "nulo", coaduna-se com a do art. 114, □

2 a parte: "Entre as condições defesas se incluem as

que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes‟>.

4. *PREXCLUSÃO* DO ARBÍTRIO NA FIXAÇÃO DO PREÇO. Estatul o Código Civil, art. 1.125: "Nulo é o contrato de compra-e-venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação do preço".

No direito romano, GAIO escrevia que é sabido que não se perfeiçoou o negócio (que se concluiu, sem a *perfectio*> quando o que quer comprar diz assim ao vendedor: terás comprado por quanto que nas , por quanto julgas justo (ou equidoso)", e‟ por quanto houveres estimado" (L. 35, § 1, D., *de contrakenda emptione et de* r

partis inter ernptorem et venditorem compositis et quae res ventre non possunt, 18, 1: “Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit:

„quanti velis, quarti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis ernptum“.” Não se trata dg iepulsa à condição potestativa, que estava na L. 17, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, e está no art. ~ 2Y parte, *in une,* do Código Civil.

A regra jurídica do art. 1.125 tem incidência sempre que o comprador não está adstrito a algum critério que lhe tire o arbitno.

5.NATUREZA DO PREÇO NA COMPRA-E-VENDA. A prestação do preço é prestação correspectiva à do objeto comprado. Na compra-e-venda, se há as prestações correspectivas, porém se inclui, a mais, o pacto de fidúcia, há dois negócios jurídicos:

um, que é a compra-e-venda, e outro, que é o negócio jurídico fiduciário. Houve a tranferência, se foi entregue o bem, mas perdura o outro negócio jurídico, que é o de transferência a outrem, ou ao próprio vendedor, do bem vendido. Se não se inseriu a condição resolutiva, para os efeitos do art. 647 do Código Civil, tudo se passa no plano obrigacional. Como em outros negóçãos jurídicos, um dos bens, o objeto da contra-prestação, é medida de valor econômico. A sua função, no negócio jurídico, é instrumental.

Não se faz mister que o preço corresponda, na verdade, ao valor do bem comprado. Compra bem quem compra pelo valor do objeto, ou por menos. Compra mal quem compra por mais do que é o valor do objeto. A fim de evitar essa discrepância entre valôres, *leges specialis,* de direito público, regulam preços de bens de que necessita o ser humano. No mais, o sistema jurídico brasileiro abstrai da desproporção entre o valor e o preço.

Não só a compra-e-venda tem a contraprestação em dinheiro, o *preço.* Há preço na locação de serviços, na de obra, na de coisas, no contrato de trabalho e noutros negócios jurídicos bilaterais. O que importa, para que se trate de compra--e-venda, é que alguém prometa dinheiro e outrem prometa a propriedade ou a posse do bem.

Se, diante de um vendedor, o comprador alega que tem um diamante e não tem à dinheiro que êle vale, mas quer comprar o objeto, *ou* o vendedor admite a *troca,* talvez dando, em dinheiro, a diferença de valor em dinheiro, talvez exigindo pequena quantia além do diamante, ou o que é mais usual e adequado ao comércio faz o cálculo do valor,

em dinheiro, do diamante e dêsse valor em dinheiro retira o que baste à compra-e-venda, ou o recebe como parte do preço, espécie em que há dois negócios jurídicos sucessivos, o da compra-e-

-venda do diamante e o da compra-e-venda da mercadoria que se queria comprar.

Dinheiro na expressão "preço em dinheiro" (Código Civil, art. 1.122) é a moeda de curso legal. Quando os contraentes dizem qual a espécie monetária e qual a quantidade de moeda, de ordinário nessa moeda é que se há de pagar. Todavia, para se evitar o mal das oscilações cambiais, é inserível nos contratos de compra-e-venda alguma *cláusula de garantia monetária,* de modo que o preço seja determinável e não determinado definitivamente.

A *clausula de garantia monetária* pode ser com atenção ao câmbio do papel-moeda, como se diz "x milhões de cruzeiros ou ~í dólares ou florins, ou novos-francos". Com isso, o vendedor se precata contra a diminuição do valor da moeda corrente. Pode também ser a *cláusula-ouro,* que é aquela em que se toma por base o valor do ouro *(cláusula ouro-valor)* ou outra moeda estrangeira *(cláusula ouro-moeda estrangeira)*.

As cláusulas de garantia monetária podem ser a favor de um só dos contraentes, ou de todos. Se há dois ou mais compradores, ou dois ou mais comproprietários ou compossuidores vendedores, nada obsta a que a cláusula de garantia monetária só se refira a um, ou a alguns.

Por outro lado, o momento em que se há de verificar o valor pode ser o em que se há de pagar; ou outro, anterior a êsse. Pode-se mesmo prever que o preço seja o que se estipulou *mais* o que diminuiu de valor, a terto dia posterior. a moeda com que se fêz o pagamento. A dívida de dinheiro de certo modo se transforma, nesses casos, em dívida de valor.

As legislações fazem limitações às cláusulas de garantia monetária, para que não se fira o princípio nominalistico.

A *cláusula preço-valor* é a que torna determinável o preço conforme o valor de algum outro bem. Por exemplo:

"o preço das máquinas de que trata o contrato será o de tantos sacos de café do tipo tal, no dia tal".

Se a contraprestação é parte em dinheiro e parte em outro bem vendível, tem-se de indagar qual a parte de maior valor, para que se

saiba se o caso é de *compra-e-venda.,* ou se é de *troca.* Se não há meio para se dizer qual o que vale mais, o contrato é *contrato misto de compra-e-venda e de troca.*

Passa-se o mesmo se, em vez de preço todo em dinheiro, o comprador se vincula a prestar dinheiro e serviços, ou, em geral, a *fazer.*

Se a contraprestação é tôda em *fazer,* inclusive assinar outro contrato, entrar numa sociedade, ou em *não fazer,* r

não há compra-e-venda, há o contrato correspondente à prestação de fazer ou de não fazer, ou dois contratos, como se A paga com terreno o que teria de pagar em salário de trabalho.

Nas espécies em que há contraprestação em dinheiro e noutro bem, é de relevância saber-se qual o valor que prevalece, porque a resolução por inadimplemento não pode ser por falta do que é secundário. A interpretação do negócio jurídico é que há de dar a resposta exata.

Não é de compra-e-venda o contrato pelo qual um dos contraentes promete um bem suscetível de propriedade ou de posse e o outro promete crédito, mesmo crédito pecuniário. O contrato é contrato inominado, não é de compra-e-venda nem de troca. Não importa se a cessão foi *pro solvendo,* ou se o outorgado do direito de propriedade ou de posse deu garantia real. Tão-pouco é compra-e-venda o contrato em que o comprador promete título de crédito já vencido, mesmo se de subscrição estatal.

Se, em vez de prometer ou prestar dinheiro, o comprador promete ou entrega letra de câmbio ou nota promissória, ou outro título de sua subscrição e emissão, o que se há de entender é que a compra-e-venda foi de contado, mas o vendedor anuiu em ser outorgado do título de crédito equivalente ao preço. As circunstâncias e os têrmos do contrato podem afastar essa ilação.

Tem-se por determinado o preço se o bem, de que se trata, é vendido habitualmente pelo vendedor, pôsto que no contrato não se haja falado do preço. A cláusula foi implícita, ou tàcitamente concebida. Dá-se o mesmo se há bôlsa ou mercado em que se fixe o preço. Não se poderia, em tais casos, considerar inválido o contrato, ou inexistente.

§ 4.26S. Determinação do preço e determinabilidade do preço

1.DETERMINAÇÃO DO PREÇO. O preço ou é determinado, à

conclusão do contrato, ou, à conclusão do contrato, é determinável. *Preço determinado* é aquêle para o qual não se necessita de qualquer critério para posterior determinação.

2.DETERMINABILIDADE DO PREÇO. *Preço determinável* é aquêle de que não se tem conhecimento objetivo do quanto, ou dêle não se tem conhecimento subjetivo, mas já se sabe como se há de determinar. Tem-se o critério de fixação, não se tem a fixação. Há a vinculação, o efeito mínimo do negócio jurídico (pois concluso está).

No Código Civil, art. 1.123, onde se fala na fixação do preço deixada a arbítrio de terceiro, desde logo designado, está exemplo de preço determinável. Se o terceiro não aceita ou não pode aceitar a incumbência, ou os contraentes indicam outro terceiro (Código Civil, art. 1.123, □

2 a parte), ou os contraentes nomeiam os arbitradores (Código

Comercial, art. 194).

Há pequena diferença entre o Código Civil e o Código Comercial: naquele, se o terceiro não pode ou não quer fazer a determinação, depende dos contraentes a designação de terceiro, que pode ser uma só pessoa, ou serem arbitradores; nesse, a função dos arbitradores é imposta pela lei. Isso não quer dizer que, em direito comercial, não possam os contraentes indicar outro terceiro, uma só pessoa, nem mesmo que, em direito civil, não possa ser inserta a cláusula do arbitramento

obrigatório, ou não possam os contraentes designar, em vez de uma pessoa, arbitradores.

Opreço não tem de ser, desde logo, *preço determinado.* Basta que, desde logo, seja determinável. Determina-se o preço quando, ao se concluir o contrato de compra-e-venda, se lhe fixa o quanto, ou, pelo menos, os dois contraentes o conhecem, por ser determinado pelas autoridades públicas. Fixado está o quanto mesmo se, por ignorarem a medida, ou o pêso, ou a conveniência do pêso, ou preço do vendedor, os contraentes ainda não têm dêle conhecimento. Já dêles não depende; portanto, determinado está. Quando do preço determinado têm conhecimento subjetivo os contraentes, pode não constar do contrato de compra-e-venda. Então, resulta êle do que sabe o comprador *(e. g.,* preço do catálogo, preço da vitrina).

A determinação do preço, nas espécies de preço determinável, integra

a eficácia do contrato de compra-e-venda, sem que se deva falar de ter existido, aí, condição suspensiva, como é corrente na doutrina francesa e na italiana, nem, *a fortiori,* por ser absurdo, de validade suspensa *(e. g.*, CARlOTA-FERRARA, *1 Negozi sul patriinonio altrui,* 385), ou de negócio jurídico incompleto <NICOLA‟ STOLFI, *Diritto civile,* IV, 165). Não há condicionalidade, nem incompletitude do negócio jurídico. Falta a integração da eficácia, pela determinação do preço, que juridicamente já é determinável. O caso parece-se, quanto ao preço, com o nascimento da *res speratae,* que é quanto ao objeto. No plano da existência, o contrato de compra-e-venda já está constituído~ concluso. O‟

sistema jurídico tem como elemento suficiente a determinabilidade do preço. Não há pensar-se em eficácia retroativa (a que levaria o admitir-se que se trata de condição suspensiva). Dai ser possível registar-se tal contrato, r

sem que ainda se haja determinado o preço (sem razão, absolutamente, NICOLA‟ COVIELLO, *Dei Caso fortuito,* 249 s.).

8.PREÇO CORRENTE E PREÇO DO vENDEDOR. Não há compra-e-venda sem preço. Daí a regra jurídica do art. 193 do Código Comercial, que é *ius dispositivum.* Quando se com-pra sem se dizer qual o preço, entende-se o preço corrente do dia e do lugar; mesmo se variou, no dia, o preço, a lei faz entendido o preço médio. Assim, evitou a lei que, com a omissão, nenhum fôsse o contrato de compra-e-venda. Do dia e lugar da entrega, e não do pagamento. Não se trata de presunção *inris tantum,* trata-se de *jus dispositivurn.*

Se no contrato se disse que o preço seria o de determinada praça, onde se transformariam os bens para a entrega, discutiu-se se o preço seria o do dia da chegada para a transformação ou o do dia da entrega. Mesmo que a transformação seja feita pelo comprador, a solução acertada é a de ser a do dia da entrega, porque os riscos somente se transferem com a entrega para a posse própria. Deixou-se de considerar a transformação operação a líbito do comprador, fêz-se ainda a risco do vendedor o processo transformatório. Sem razão, portanto, a □

4 a Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 26 de agôsto de 1936 *(1?. de 11.,* 124, 566).

A regra jurídica do art. 193, no qual se fala de “instrumento do contrato”, incide qualquer que seja a compra-e-

-venda, mesmo a *compra-e-venda manual* (í.~ Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, 27 de dezembro de 1957, *1?. dos T.,* 278, 583).

Todavia, tem-se de atender a que o *preço corrente* pode ser afastado pelo chamado *preço do vendedor,* expressão não feliz porque deixaria pensar-se em que se desbilateralizou a cláusula de preço. Se o vendedor vende, habitualmente, o bem de que se trata, tendo-o em catálogo, mostruário ou vitrina, e os contraentes não determinaram o preço, nem acordaram no modo de determiná-lo, nem há taxação oficial, o que se há de entender é que o comprador s~ referiu ao preço do vendedor.

É *quaestio facti* a de se saber se o vendedor determinou, na prática normal dos seus negócios, o preço do bem comprado. A habitualidade é de exigir-se, como pressuposto necessário, salvo se há mostruário ou se o preço está na vitrina, como se o vendedor pediu a algum comerciante qtie expusesse o bem de que se cogita, porque então não se precisa da regra jurídica.

Se o preço do vendedor existe „e êle, por alguma razão só sua, o mudou, sem que o comprador tivesse ciência, a compra-e-venda foi concluída com o preço que era e não foi de maneira satisfatória mudado pelo vendedor.

Se o vendedor costuma fazer abatimento conforme os fregueses, somente se pode entender que o fêz se o freguês entra na classe daqueles a que normalmente ou conforme prática do vendedor se faz a dedução de preço.

O preço do mercado e o de bôlsa são *preços correntes.* Se há diversidade de preço, corrente é o *preço médio* para determinados objetos, no dia e no lugar. Se há cotação oficial, fácil é resolverem-se os problemas.

O preço corrente, a que se há de atender, é o do lugar e dia da entrega do bem, e não o do lugar e dia da conclusão do contrato de compra-e-venda. Lugar da entrega, e não, salvo coincidência, lugar do domicílio, ou da residência do comprador.

Os contraentes podem estabelecer que o preço corrente seja o do lugar e dia da expedição *(e. g.,* pôrto de embarque), ou o da conclusão do contrato, ou o do domicílio ou residência do comprador, ou qualquer outro lugar e dia que prefiram.

Se não há preço corrente no lugar da entrega, deve-se atender ao da praça mais vizinha.

No direito comercial brasileiro, não há discutir-se se o dia em que se há de tomar o preço corrente é o da entrega do bem vendido, ou o da conclusão do contrato, O art. 193 do Código „Comercial é explícito: "no dia e lugar da entrega". No direito civil, nada se disse ao se falar da compra-e-venda, mas há a regra jurídica do art. 947 do Código Civil, no qual se diz que o pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, se faz em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação, e o art. 949 no qual se diz que, se o pagamento se houver de fazer por medida, ou pêso, dispositivamente se entende ser o ~do lugar da execução. A melhor solução é a do Código Comercial, art. 193 *(ius dispositivum),* tanto mais quanto assim se unifica o direito privado. Não se pode, no direito civil como no direito comercial, pensar em lugar da entrega, se o chamado preço do vendedor há de pesar.

Na doutrina italiana, pugna pelo lugar da conclusão do contrato, PÂoLO GRECo *(La Compravendita e altri contratti,* 33); pelo lugar da entrega ou execução do contrato, F. DI BLASI (La Vendita, *Commentario ai nuovo Codice Civile Italiano,* 24 s.).

Os contraentes podem inserir no contrato, inclusive conforme usos e costumes, que o comprador (ou o vendedor) se reser;„a a faculdade de dizer qual o dia e o lugar para a determinação do preço corrente ("preço do café C, na r

praça de Santos, no dia tal") ; é dita, no direito inglês, cláusula *on caíl.* Com isso, não se viola o art. 1.125 do Código Civil.

Se não há, no lugar, preço de mercado ou de bôlsa, nem de praça vizinha, pode o preço corrente ser provado por outros quaisquer meios.

Se existe preço oficialmente cotado no mercado ou na bôlsa, não basta a prova contrária, tem-se de propor a *ação declara-. tória* do art. 290 e parágrafo único do Código de Processo Civil, ou como *incidente de falsidade* (Código de Processo Civil, arts. 717-719).

Se houve acontecimento excepcional portanto, passageiro que fêz, no dia, elevarem-se ou baixarem-se, excessivamente, os preços, seria injusto que se pagasse o preço transitório. Dai poder-se provar a excepcionalidade do fato, no dia em que se havia de pagar (assim, PAOLO GRECO, *La Compra.vendita e altri contratti,* 34; DOMENICO

RUBINO, *La Compra ven dita,* 208). O preço há de ser o do dia mais próximo, em que o mercado ou a bôlsa haja voltado à normalidade.

Pergunta-se: se, em vez de se tratar de dia e lugar conforme a regra jurídica dispositiva do art. 193 do Código Comercial, foram os contraentes mesmos que precisaram o dia e o lugar, diferentes dos que seriam em virtude do *lus dispositivum,* ~há a *ação declaratória de excepcionalidade,* mesmo mcidentalmente exercida? A resposta é negativa. Os contraentes exprimiram, a seu risco, o que queriam.

Se se trata de mercadoria vendida habitualmente pelo comerciante, com preços seus, quase sempre há discordância entre o preço do vendedor e o preço corrente. Aquêle é que tem de ser atendido, mesmo se o comprador pela primeira vez se serve no estabelecimento do vendedor.

4. PREÇOS OFICIAIS OU PREÇOS FIXADOS PELO ESTADO. Em princípio, os preços são determinados pelos contraentes, às vêzes em *invitationes ad offerendum,* outras vêzes em ofertas feitas pelo vendedor ou pelo comprador. Há-os, porém, *imperativos,* impostos por lei, ou por atos do Poder Executivo, inclusive através de autarquias. Não é aqui o lugar para mostrarmos até que ponto êsses preços prefixados são compatíveis com a Constituição de 1946.

De regra, a fixação é de máximo (não pode o vendedor vender por mais do que o Estado determinou), de jeito que se podem estabelecer preços inferiores aos preços oficiais. Se o vendedor e o comprador convencionaram que a compra-e--venda fôsse a preço inferior ao *preço imperativo* (imperatividade só a respeito do máximo), respeita-se a convenção, mesmo se o preço imperativo subiu.

Se os contraentes fixaram acima do preço legal o adimplemento pelo comprador, o excesso é nulamente convencionado, de modo que só se deve o preço oficial. A outra solução a da nulidade de contrato teria graves inconvenientes.

A regulamentação dos preços foi resultado de crises posteriores a guerras e de governos ditatoriais. Tinha de ser *dentro da lei,* porém os decretos do Poder Executivo conservaram os hábitos anteriores, em que os decretos-leis disciplinavam, por sugestões nem sempre recomendáveis, a vida econômica.

A regulamentação não pode conter regras jurídicas de nulidade ou de anulabilidade. Teria de estar em lei.

5. PREÇO E SERIEDADE. Alguns juristas sustentam que o preço deve ser sério, isto é, não ser rid‟iculamente inferior, nem excessivamente alto (preço escandaloso). Faltaria seriedade e não exist iria o negócio jurídico. Em verdade, o que se há de dizer é qUe os preços ridiculamente baixos ou escandalosamente altos atingem o negócio jurídico. A inseriedade é do negócio jurídico. Não há, porém, pensar-se nisso, se se trata de compra-e-venda mista com doação *(negotium mixtum cum donatione, emptio mixta cum donatione),* e há seriedade. O negócio jurídico poderia não ser sério, mesmo com pr~ço justo ou corrente.

6.IMPOSSIBILIDADE DO CRITERIO SEGUIDO. Se o critério de determinação não pode ser atendido, como se tinha de ser por dóis arbitradores, com *cláusula de insubstituibilidade dos arbitradores,* e êles não podem funcionar, ou não querem, *resolve-se* o contrato. O fato é, precisamente, de *resolução por impossibilidade da determinação,* não imputável aos contraentes. (A propósito, observemos que a expressão

“nulo”, que aparece no art. 1.349, 2Y~ alínea, do Código Civil italiano, é de impropriedade gritante: lO negócio jurídico, aí, não é nulo, mas apenas ineficaz!)

7.CRITÉRIOS PARA A DETERMINAÇÃO. Os contraentes podem estipular o critério que lhes apraza. O que é preciso é que se faça determinável o preço. Pode ser explícita, implícita ou tácita a cláusula sôbre o critério que se escolheu, ou desde as primeiras confabulações ou conforme o uso do tráfico que se adotou.

r

O *preço por medida* e o *preço por péso* são os mais freqUentes, mas, num e noutro, se tem de partir da quantia que corresponde à unidade, e essa determinação é que é o preço. Há preço corrente e preço de mercado ou de bôlsa. Só se pode invocar o art. 1.124 do Código Civil quando se deixou a fixa~ao do preço a tal critério, ao passo que o preço corrente é o que há de ser atendido, se a regra jurídica do art. 193 do Código Comercial e, por analogia, igual regra jurídica que se atribua ao direito civil, funcionam como *ins dispositivum.*

Podem os contraentes aludir, explícita, implícita ou tácitamente, ao preço que foi o seguido em operações anteriores, ou ao preço que foi o convencionado, ou o atendido por *jus dispositimun~* em contrato de compra-e-venda entre um dos contraer.tes e outra pessoa, ou entre

outras pessoas. Pode bem ser que o preço seja todo o haver do comprador, que deixou encerrar a conta, ou mesmo a conta que êle tinha, ou para se liberar o vendedor de algum débito a outrem.

Pode ser, de início, determinado o preço, mas prever-se como terá de variar em função de determinado fato futuro, ou de fato eventual que se precise.

S.ARBITRAMENTO DE PREÇO. O arbitramento ou foi o modo que se convencionou, ou foi o modo que substituiu a determinação por terceiro, por fôrça de lei (Código Comercial, art. 194), ou por acôrdo inserto no negócio jurídico da compra-e-venda, ou depois (cf. Código Civil, art. 1.123).

A função de arbitramento é função de arbitrador, e não de árbitro, como por vêzes se diz. O arbitrador determina, com a sua *comunicação de conhecimento* (DOMENIOO RUBINO, *La Cornpravendita,* 200, diz, sem razão, "con proprio atto di volontà"), o elemento fáctico do contrato de compra-e-venda, que, ai, é o preço. Não julga, como o árbitro.

Os contraentes podem, ao acordarem em que se determine, por arbitramento, o preço, desde logo designar os arbitrado.. res, ou deixar, para o momento oportuno, ou para data fixada, a designação.

Pode só haver um arbitrador, como se se dissesse que seria escolhido pelos contraentes, ou dois, ou mais.

Havendo dois ou mais e ocorrendo divergência, a ~soluçáo é decidir o juiz. A maioria, que se compõe, impõe o seu arbitramento, salvo cláusula em contrário.

O arbitrador não pode ser um dos contraentes, porque se violaria o art. 1.125 do Código Civil (no direito comercial, a regra jurídica das Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 1, § 1, já era subsidiária do Código Comercial). O art. 194 do Código Comercial fala de "terceiro". No Código Civil, art. 1.125, apenas se explícita a proibição, que está, implícita, no art. 1.123, *verbo* "terceiro Para se ser arbitrador é preciso que não se seja absolutamente incapaz. A incapacidade relativa não é óbice, porque, se um dos contraentes o ignorava, poderia êle acoimar de anulação el por êrro o contrato de compra-e-venda.

Se os arbitradores são dois ou mais, e um ou alguns não podem ou não querem exercer a função, têm os contraentes a solução de acordar na nomeação do que faltou, ou há a solução de nomear o substituto quem

nomeara o demissionário.

Aos contraentes é que cabe escolher a forma para o arbitramento. Se, após o contrato, há divergência entre os contraentes, pode qualquer dêles pedir ao juiz que perante êle se faça o arbitramento.

O momento que os arbitradores devem considerar para fixação do preço é o dia da conclusão do contrato, e não o do arbitramento, salvo se acordarem diversamente os contraentes.

O arbitramento supõe que esteja, no momento, determinado o bem objeto do contrato, para que possa o arbitrador ou possam os arbitradores verificar a correspondência do preço com o objeto. Se o bem já está determinado, *tollitur quaestio.*

Se não está, mas é determinável, determina-se. Se não está determinado, nem é determinável, faltou o acôrdo sôbre a *res,* ou sôbre a *spes.*

§ 4.269. Vendedor e comprador

1.FIGURAS DO NEGOCIO JURíDICO BILATERAL DA COMPRA--E-VENDA. Não há contrato de compra-e-venda sem que haja o vendedor e o comprador. Um oferece, o outro aceita. Pode ooferente ser o vendedor, pode ser o comprador. Qualquer deles pode ter sido simples provocador, com a *invilatio ad ofleren dum.*

O vendedor e o comprador têm de ser *capazes.* Os principios sôbre capacidade negocial incidem, como de ordinário. As vendas feitas na rua, por menores de dezesseis. anos, reputam-se vendas feitas por servidores da r

posse, por instrumentos humanos, como poderia ser sem a presença de alguém, que entregasse a propriedade e a posse, e ficaria ao comprador pôr o preço na caixa, ou na bandeja, e retirar o que compra, ou por meio de *automático.*

Os dois figurantes podem ser singulares, ou múltiplos:

comprador, A, vendedor, E; comprador, A e E, vendedores, C e D. Os vendedores são ou dizem-se proprietârios e possuidores, ou só proprietários, ou só possuIdores. Os compradores, êsses, podem ser quaisquer pessoas, que desejam ser comproprietários e

compossuidores, ou só comproprietários, ou só compossuídores, ou que compram o bem todo, em comum, para dividi-lo, o que só depende dêles, se o bem é divisível. O negócio jurídico entre êles nada tem com o vendedor, ou com os vendedores, porque aquêle não vendeú ou êsses não venderam partes divisas ou partes que já o deixam de ser. Se A, B, e C vendem o bem, há responsabilidade de cada um, salvo se cada um se referiu à sua quota.

2.PESSOAS FIGURANTES, NASCITUROS E NÃO-CONCEBIDOS.

Ao contrato de compra-e-venda é exigido o *consenso* sôbre as promessas do objeto e do preço. O consenso é a concordância das manifestações de vontade, que se referem ao objeto e ao preço. Consente-se nas promessas do objeto e do preço.

Comprador e vendedor podem ser quaisquer pessoas, salvo se, a respeito de determinada espécie de contrato de compra-e--venda, se estabelece *proibição.* Em virtude do art. 42 do Código Civil, o próprio nascituro pode ser figurante, quer como comprador quer como vendedor. „O representante do nascituro tem de ater-se às regras jurídicas dos arts. 379-395 (pátrio poder) e 462 do Código Civil (curatela do nascituro; cf. arts. 393-395 do Código Civil e art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil). No direito brasileiro, a doação ao nascituro é administrada pelo titular do pátrio poder ou pelo curador. Se ainda não foi concebido o donatário, a doação por testamento existe e vale se se trata de prole eventual de pessoas nêle designadas e existentes ao abrir-se a sucessão (Código Civil, art. 1.718>. O art. 1.718 do Código Civil protege a prole eventual, mesmo se só se designa uma pessoa (homem ou mulher). A propósito de doações entre vivos, há o art. 1.173, a que se há de dar interpretação consemelhante.

8.COMPRA-E-VENDA E LOCAÇÃO DE SERVI~OS OU DE OBRA.

E preciso que se nêo confunda a compra-e-venda com a locação de obra, mesmo se ao freguês se fornece alguma peça de consêrto. Podem ser separados os negócios jurídicos, como se o locador exige que a peça ou as peças sejam pagas à parte. Se alguém encomenda mobiliário, prestando o artesão a madeira necessária, mesmo se em parte considerável, há contrato de locação de serviços, e não compra-e-venda. *Aliter,* se o material é todo do fabricante, ou apenas peça incrustável pertence a quem fêz a encomenda. A respeito convém frisar-se que aí a compra-e-venda já foi concluida, embora futuro o

bem, porquanto se acordou no bem e no preço; e a propriedade transfere-se quando está acabado o bem, cuja posse mediata própria já passou ao comprador se o preço já foi pago em parte, ou, a *fortiori,* todo, ou se foi marcada a data para o comprador ir buscar, ou se é o uso do tráfico. A entrega apenas compõe a tradição da posse imediata. Se se estivesse diante de contrato de obra, ou de serviço, haveria diferenças de responsabilidade *(e.* g., cp. Código Civil, arts. 1.229, II, 1.233, 1.239 e 1.240 com os arts.

1.127 e §§ 1.0 e 2.0). No caso de concurso de credores, inclusive de falência do fabricante, a propriedade, se se trata de compra-e-venda, só se transfere com a tradição, qualquer que seja, de modo que o objeto encomendado se inclui na massa falida. Se é de locação de obra ou de serviço que se cogita, quem encomendou pode pedir a restituição do objeto, mesmo se não acabado. Em princípio, se o fabricante executa o que êle planeja, *e.* o., segundo o seu catálogo, há compra-e-venda; se, em vez disso, executa o que foi planejado pelo freguês, há locação (para a construção de barcos e navios, GEORGES RIPERT, *Traité de Droit maritime,* ~, 3Y ed., n. 371 s.).

A combinação de elementos fácticos do contrato importa, se têm de atuar todos, ou alguns, ao mesmo tempo, em combinação de conseqUências. A morada do porteiro e a sua mensalidade perfazem o seu ordenado. A compra-e-venda, com a cláusula de locação de serviços, para bom funcionamento da máquina, até que se expire certo prazo, é exemplo freqUente.

4.COMPRA-E-VENDA E DEPÓSITO. Enquanto o bem está com a pessoa a que vai, ou parece que vai ser vendido, sem que tenham acordado no preço, tem-se visto no negócio jurídico ora depósito, ora compra-e-venda sob condição suspensiva *(e. g.,* JEAN HI~MARD, Les Contrats commerciaux, *Traité théorique et pratique dc Droit commercial* de JEAN ESCARRA, EDOUARD ESCARRA e JEAN RAULT, 1, 30). De modo nenhum. A r

pessoa que recebe ainda não manifestou a sua vontade; não há pensar-se em contrato de depósito: apenas se fêz possuidor imediato ou servidor da posse, com a responsabilidade que dai decorre. Uma vez que ainda não houve contrato de compra-e--venda, pois tal contrato somente surgiria com o *consensus,* seria absurdo falar-se de condição suspensiva.

5.CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA E LOCAÇÁO DE COISA. Se com

a locação de coisas, o locatário colhe os frutos, sem que êsse seja o provento mais importante do contrato, há locação. Surge a dúvida quando a percepção dos frutos é a única utilidade, ou quase tôda a utilidade da tradição do bem. O nome que os contraentes deram ao contrato não é decisivo; e deve-se classificar como de compra-e-venda de frutos o contrato (cf.

Cassação de França, 4 de agôsto de 1886 e 28 de novembro de 1949>.

Se a contraprestação é em serviços, ou em obras, não se pode falar de compra-e-venda, nem de troca. O contrato é de locação de serviços, ou de obra, tendo-se a prestação do bem como retribuição. Em todo o caso, no tocante à alienação onerosa da propriedade, ou da posse, tem-se de atender a regras jurídicas concernentes à compra-e-venda.

Se o comprador, além do preço em dinheiro, promete prestações secundárias, como fazer o muro que separa o terreno comprado e o terreno do vendedor, persiste a figura da compra-e-venda.

6.COMPRAS-E-VENDAS E COMISSÃO OU CONSIGNAÇÃO. A *comissão* e a *consignação* de regra são feitas com a expedição de bens, quase sempre mercadorias, em *emblagens.* Pergunta-se se, tendo sido lançado o preço das embalagens, há, quanto a elas, contrato de compra-e-venda. A resposta depende de se saber se há o dever de restituição das embalagens, se a faturação é para o caso de não-restituição, ou se, no caso, não houve faturação.

Se as embalagens são consignadas, com a alternativa de devolvê-las, se em bom estado, ou pagar-lhes o preço, não há compra-e-venda sob condição suspensiva, mas, no segundo caso, aceitação de oferta de compra-e-venda.

A devolução é sem qualquer pagamento, razão por que não se pode pensar em locação. Se o fornecedor consigna com as embalagens *(e.* g., a cerveja, com as garrafas) e depende do comprador restituir outras, ou não, só no momento da compra-e-venda é que se pode saber o que foi objeto da compra-e-venda. Às vêzes, o comitente ou consignante dá às embalagens valor superiot ao que têm, o que não influi na classificação da figura jurídica. Até o momento da conclusão da compra-e-venda, pode subir o preço das embalagens.

Se as embalagens foram entregues para serem restituidas, embora com a prestação de quantia, ou lançamento na conta do comissário ou do consignatário, como garantia, não há compra-e-venda das embalagens,

mesmo se não restituida. Trata-se de *empréstimo de uso.*

Se as embalagens foram expedidas sem qualquer menção de preço, ou de valor, porém sem que seja de uso a restituição, ou sem que tenha sido incluída cláusula de restituição, o adquirente adquire as embalagens.

§ 4.270. Pré-contrato de compra-e-venda

1.PRÉ-CONTRATUALIDADE E CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA.

O contrato de compra-e-venda *é* consensual e consensual é o pré-contrato de compra-e-venda. Por aquêle só se prometem a transmissão da propriedade e da posse, ou só da propriedade ou só da posse, e o pagamento do preço.

Por êsse, não se promete, sequer, a transmissão, nem sequer, o pagamento do preço: promete-se comprar e promete-se vender. É possível também a promessa unilateral: promessa de vender ou promessa de comprar; porém o que é freqUente é o negócio jurídico bilateral. (É lamentável a confusão de alguns sistemas jurídicos, que vêem no pré-contrato de compra-e-venda promessa de venda e de compra e no contrato de compra-e-venda transmissão; *e. g.,* Cassação italiana, 28 de março de 1947.) Pode A vincular-se, perante B, a concluir com E, ou com outrem, contrato de compra-e-venda de determinado bem, ou a fazer-lhe oferta de compra. Aí, há *pré-contrato,* isto é, negócio jurídico, bilateral ou unilateral, que tem por finalidade contrato de compra-e-venda. Donde dizer-se pré-contrato. Não é preciso que o conteúdo do negócio jurídico pré-concluído já seja igual ao do negócio jurídico bilateral da compra-e-venda.

Do pré-contrato irradia-se pretensão, judicialmente exigivel, à conclusão do contrato de compra-e-venda,, se foi isso o que se prometeu. Pode ser feita a averbação, para efeitos *erga omnes.*

2. PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA. O pré-contrato de compra-e-venda rege-se pelos princípios r

gerais concernentes aos pré-contratos. Nem todos são os chamados “contratos preliminares”: alguns são negócios 5

jurídicos unilaterais, prévios, em que se promete comprar, ou vender.

No pré-contrato de compra-e-venda, quem 1

se vinculou a comprar, ou a vender, fêz-se devedor de manifestação de vontade.

Nem têdas as compras-e-vendas que se concluem para adimplemento são oriundas da eficácia de pré-contrato.

No direito brasileiro não há regra jurídica, que está no Código Civil francês, art. L589, segundo a qual * *Promesse de vente vaut vente.* „Com isso, os sistemas jurídicos que o imitaram de certo modo dinamitaram a figura do pré-contrato,

com a aparência de o prestigiar. O pré-contrato não transfere a propriedade ou a posse, porque o próprio contrato de compra-e-venda não opera a transmissão. Nem cria a divida de prestar o bem e de prestar o preço, porque a dívida, que exsurge, é dívida de contratar compra-e-venda *(pactum de ineundo contractu).* O que se deve é a manifestação de vontade suficiente para a conclusão do contrato, observando-se, portanto, a forma que a lei impôs ou cuja incidência resulta de cláusula do próprio pré-contrato.

A condenação é a emitir a declaração de vontade (Código de Processo Civil, art. 1.006), mas, segundo a lei, a declaração de vontade tem-se por emitida logo que passe em julgado a sentença. Condenado o pré-contraente vendedor, o que se tem por emitido é a manifestação de vontade com que se conclui o contrato de compra-e-venda. Ésse está concluído, no momento do trânsito em julgado, porque à manifestação de vontade do autor da ação se junta a manifestação de vontade, a que fôra condenado o réu. Não se pode ter por transferida a propriedade, ou a posse, pois o contrato é consensual e foi o contrato consensual que se prometeu, não o ato jurídico suficiente *à* transmissão entre vivos. Quer se trate de compra-e-venda de bem específico, quer de compra-e-venda de bem genérico. Num e noutro caso, tem o juiz de assinar prazo na própria sentença para que se execute a obrigação (Código de Processo Civil, art. 1.006, § 22), ou atender a que falta, da parte do autor, a entrega ou depósito da contraprestação. Não pode haver, no direito brasileiro, a discussão sôbre êsse problema que há na doutrina italiana, com a atribuição de eficácia real do contrato de compra-e-venda, onde, aliás, alguns autores tiveram de estacar diante dos casos de compra-e-venda de bem genérico, da compra-e-venda de bem alheio e outros de compra--e-venda a que êles não poderiam emprestar eficácia de transferência da propriedade e da posse, ou de uma ou de outra (DOMENICO RUBINO, *La Com pravendita,* 36; SALVATORE SATTA, L"Esecuzione forzata, no *Trattato de* E. VASSAILI,

2 a ed.; GIovANNI PERsíco, *L"Kccezione d"inadem*

pimento, 162 54 sem atender, sequer, a essa dificuldade: Luicí MONTESANO, *Contratto preliminare e Sentenza costitutiva,* 103; RUGGERO LuzZATTO, *La Compravendita,* 55). Salta-se do pré-contrato ao contrato de compra-e-venda, mas para a execução dêsse, se execução voluntária não houve, não se faz real o contrato consensual que se prometeu. Seria dar-se ao contrato prometido eficácia que êle não teria.

Certamente, quanto à compra-e-venda de bens genéricos, ou de bem alheio, não se pode dizer que o pré-contrato não possa ter o lugar do contrato. Mas seria absurdo atribuir-se-lhe eficácia que o contrato prometido não teria, qual a de transf erência imediata (ou simultânea) da propriedade e da posse. Tem-se como concluído o contrato de compra-e-venda, que se prometera, e se vencida alguma dívida tem-se como já em execução forçada a obrigação. A sentença substitui-se ao negócio jurídico prometido e com ela já se inicia a execução das obrigações oriundas dêsse negócio juridico estatalmente concluído (prestação jurisdicional) se tivesse sido concluído voluntàriamente pelo réu.

A sentença pode ter eficácia de sentença de condenação a indenizar se o demandado se recusa a cumprir e dá ensejo a prejuízos. Isso ocorre sempre que há divida de fazer e sobre-veio a infração do dever. A assinação do prazo para o demandado executar refere-se a qualquer dever do demandado.

Cumpre advertir-se que, em vez de propor a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil, pode o titular do direito a conclusão do contrato de compra-e-venda, exercer o direito àresolução por inadimplemento, com a condenação à indenização dos danos que êsse inadimplemento causou. Se, no intervalo, o vendedor alienou o bem que seria prometido no contrato de compra-e-venda, a solução é essa, pois difícil seria readquirir o vendedor o bem vendido.

Todavia, se o pré-contraente comprador fêz *registar* a propositura da causa, em se tratando de bem sujeito a registo, pode êle opor ao terceiro comprador a eficácia *erga omnes* do pré-contrato. Idem, se por lei é permitido o registo do próprio pré-contrato para eficácia *erga omnes.*

„O pré-contrato pode ser, conforme já frisamos, *pré-contrato unilateral*

(não se confunda com o *pré-contrato negócio juridico unilateral,* nem com o *pré-contrato contrato plurilaterai).* Então, o outro contraente, ao aceitar a oferta, ou ao fazê-la, nenhuma divida correlativa assumiu (cf. GIUSEPPE TAMnUR

HINO, *1 Vincou unilaterali nelia formazione progressiva dei contratto,* 59 s.). No pré-contrato de compra-e-venda unilateral, um dos pré-contraentes promete vender (ou comprar), ao passo que o outro contraente r

pode querer comprar (ou vender) ou não querer. Um só dos contraentes deve a venda (ou a compra). Há promessa de compra-e-venda, mas só um dos contraentes tem o dever. Não se alude à bilateralidade do pré-

-contrato de compra-e-venda, em sua composição, como se A, pré-contraente, doou a promessa e B apenas a aceitou. Daí dever-se ter todo o cuidado com a ambigUidade, se não equivocidade da expressão. Há de existir prazo.

3.ELEMENTOS DIFERENCIAIS DO PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA. Do pré-contrato nasce a dívida de concluir contrato de compra-e-venda. Deve-se a manifestação de vontade de comprar, ou de vender, suficiente à conclusão do contrato de compra-e-venda. Promete-se a venda, ou promete-se a compra. O

pré-contrato é, mais rigorosamente, pré-negócio jurídico, pôsto que a expressão pré-contrato se possa referir a negócio jurídico bilateral ou a negócio jurídico unilateral, o que não acontece à censurável expressão "contrato preliminar", que somente serviria à primeira espécie. O pré-contrato de compra-e-venda apenas exemplifica o pré-contrato, tantos são os negócios jurídicos bilaterais e, até, plurilaterais a que se podem referir os pré-contratos. Em relação aos outros pré-contratos, não há peculiaridades relevantes. O que se tem por fito no pré-contrato de compra-e-venda é, de regra, evitar, no momento, o contr‟ato de compra-e-venda; portanto, a eficácia imediata definitiva. Pelo pré-contrato de compra-e-venda apenas se assume a *divida de contratar compra* ou a *dívida de contratar venda.* Mesmo se é entregue a posse do bem (se, na hipótese, não foi só a posse que se apontou como objeto da compra-e-venda futura), não há transferência da titularidade. Assim, o impôsto de transmissão da propriedade não incide, porque a tradição, em virtude de pré-contrato de compra-e-

-venda, não transfere a propriedade. Somente impostos sôbre assunção

de obrigações podem recair a propósito de pré-contrato.

O pré-contrato de compra-e-venda não tem a eficácia característica da compra-e-venda, como a obrigação de entregar o bem e a de pagar o preço do objeto comprado. Se a contraprestação é em dinheiro, o pré-contrato de compra-e-venda tem o seu preço, mas é o preço da promessa de contratar a compra-e-venda, e não o preço da compra-e-venda.

O pré-contrato de compra-e-venda é inconfundível com o próprio contrato de compra-e-venda sob condição suspensiva, porque êsse, ao ter eficácia plena, apenas completa a eficácia de compra-e-venda, que é a sua, desde a conclusão. Na compra-e-venda sob condição suspensiva de modo nenhum se cogita de divida de contratar. Já se contratou, não só se pré-

-contratou. Ainda não se quis, no pré-contrato, o contrato de compra-e.wenda; somente se prometeu fazer, concluir o contrato de compra-e-venda.

Por vêzes há dúvida sôbre se éstar diante de contrato de compra-e-venda, ou só de pré-contrato (promessa de comprar, ou promessa de vender). À interpretação do negócio jurídico é que se há de atribuir a solução do problema. As circunstâncias podem auxiliar na investigação da vontade dos contraentes (um só contrato, definitivo, ou dois contratos, um de agora e outro de amanhã, se cumprida a dívida de contratar oriunda daquela).

O pré-contrato de compra-e-venda tem de ter prazo. Dentro do prazo há de haver a manifestação de vontade. Pode êle ser determinado ou determinável, explícita, implícita ou tácitamente. Se não há nieio de se saber qual o têrmo, não há nulidade do pré-contrato. Pode qualquer dos interessados pedir ao juiz que o fixe.

4.EFICÁCIA DO PRÉ-CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA. Quem, em vez de vender, apenas promete vender continua proprietário e possuidor, ou só proprietário, ou só possuidor; isto é, continua o titular que era.

Nada transfere quanto à propriedade e à posse. Se, no intervalo, aliena o bem a que o pré-contrato se refere, não há compra-e-venda de coisa alheia. O pré--contrato vale, como, aliás, valeria o contrato de compra-e--venda. Se houve registo do pré-contrato, nem por isso deixa de ser válido e eficaz o contrato de compra-e-venda do objeto que está em causa. Qualquer prioridade seria quanto a outro pré-contrato referente

ao mesmo objeto, posteriormente feito.

Até que se conclua o contrato de compra-e-venda e se entregue o bem, os riscos são por conta do outorgante.

Todavia, pode-se estipular diversamente.

Se, porém, um dos pré-contraentes está em mora de concluir o contrato, a impossibilidade superveniente, ou a desapropriação, ou outro óbice, não pesa ao contraente que não está em mora. Trata-se a espécie como se o pré-contrato já fôsse contrato de compra-e-venda.

Se, no tempo devido, o pré-contraente se recusa a concluir o contrato de compra-e-venda, tem o outorgante a ação condenatória, ou, mais enérgica, a ação condenatória-executiva do art. 1.006, ou a ação executiva do art. 1.006, §

2$, do Código de Processo Civil (alguns juristas italianos as confundem com a ação constitutiva e dizem r

constitutiva a ação do pré-contraente; cf. Código Civil italiano, art. 2.932).

Pergunta-se: ~ pode ser pré-excluída, por alguma cláusula negocial, a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil, ou a do art. 1.006, § 2.0? A resposta é afirmativa.

Quanto a invocabilidade do art. 1.006, § 2.0, do Código de Processo Civil, dela não se há de cogitar se não é possível a execução específica.

Se o pré-contrato foi contrato bilateral, o pré-contraente que adimpliu ou quer adimplir, diante da recusa do outro, pode preferir a *resolução do pré-contrato,* com perdas e danos (Código Civil, art, 1.092, parágrafo único). Se houve apenas contrato unilateral, isto é, se o pré-contrato foi pré-contrato em que A prometeu aB vender (ou comprar) sem que B prometesse comprar (ou vender), ou é possível a ação condenatéria-executiva, ou a de ressarcimento de danos. No cômputo dos danos, aqui e ali, se há de considerar, como um dos elementos (não o único), a diferença entre o valor do objeto ao tempo em que se deveria adímplir a dívida oriunda do pré-contrato e o preço que se deu. De qualquer modo, a indenização é ao tempo em que se presta; portanto, ao tempo da satisfação.

Se houve resolução do pré-contrato, pedida pelo futuro comprador, o dano é conforme o valor do objeto superior ao preço convencionado. Se foi o futuro vendedor que a pediu, o dano é conforme o valor do

objeto abaixo do preço convencionado.

Se após o inadimplemento pelo futuro comprador perece o bem por caso fortuito ou fôrça maior, todo o preço é devido. Não cabe, aqui, á princípio *Res perit domino,* mas sim a regra jurídica do art. 957 do Código Civil.

O preço pode não ser exatamente o valor do bem de que se promete a venda, ou a compra. No direito civil, não há o instituto da *lesão enorme.* No direito comercial, negou-se a tutela jurídica em caso de lesão enorme se todos os contraentes são comerciantes (Código Comercial, art. 220). O direito civil era subsidiário, no tocante aos casos em que nem todos os contraentes fôssem comerciantes. Mas houve a superveniência do Código Civil. (No direito estrangeiro, discute-se se as regras jurídicas sObre lesão enorme apanham os pré-contratos, *e. g.:* afirmativamente, ROBERTO DE RUCGIERO, *Contratti speciaii,* La Compravendita, 45 5.; FRANCESCO

DEGNI, *La Com pravendita,* 291; negativamente, porém sem razão, CORRADO VOCINO, *La Rescissione delia vendita per lesion e la posizione dei comprodore,* 28 a.) CAPITULO II

EFICÁCIA DO E DO CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA ACÕRDO DE TRANSMISSÃO

§ 4.271. Eficácia e bilateralidade

1.IRRADIAÇÃO DE EFEITOS ESSENCIAIS. Mediante o contrato de compra-e-venda, o vendedor, que recebeu, ou recebe, ou vai receber o preço, *obriga-se* a transferir ao comprador, ou a alguém, que o comprador designe, a propriedade do bem (domínio, inclusive de frutos, ou título representativo), ou a posse. Não se pode dizer, a despeito de tantas vêzes se ter dito, que por êle também se pode transferir a propriedade, ou a posse do bem, em vez de apenas se prometer transferir. A compra-e-venda à vista, ou a compra-e-venda a prazo, pela qual o vendedor desde logo transfere a propriedade ou a posse, é contrato consensual, como qualquer outro. Apenas o vendedor se obrigou a prestar imediatamente, e a imediatidade dá a ilusão da simultaneidadê e, o que é mais delicado, da causação da transferência pelo contrato de compra-e-venda. Mesmo se o comprador recebe o bem (propriedade e posse) ao concluir o contrato, ou se já o havia recebido, o que se passa é que êle foi figurante de dois negócios

jurídicos bilaterais: o *contrato de compra-e-venda* e o *acórdo de transmissão;* ou de três: o *contrato de com pra-e-venda,* o *acôrdo de transmissão da propriedade* e o *acôrdo de transmissão da posse.*

Pode-se comprar a propriedade sem a posse, pois o vendedor pode ser proprietário, ou pode entender que lhe é fácil adquiri-la, e não ter a posse imediata, ou mesmo qualquer posse, ou achar que lhe seria difícil prometê-la.

Por outro lado,a compra-e-venda da posse sem a propriedade também é possível. Então, o vendedor promete transferir a posse, sem que se obrigue a transferir a propriedade. Se êle afirma que vende a posse com o tempo necessário à propositura da ação de usucapião, em verdade vendeu posse e propriedade. Dai a relevância de tôdá referência ao tempo que a posse transferida tem, ou ao tempo que tem a posse que ainda se vai transferir.

Por outro lado, o adquirente da posse pode ser o proprietário, ou quem se diz proprietário, como o adquirente da propriedade pode ser o possuidor, ou quem se diz possuidor.

r

Nos contratos de compra-e-venda, em que o comprador se diz possuidor, ou em que se diz proprietário, há, de regra, negócio jurídico de reconhecimento, *mas* anexo.

Se no instrumento em que está o negócio jurídico de compra-e-venda se insere o acôrdo de transmissão, há dois negócios jurídicos; ou três, se a posse tem de ser em virtude de outro acOrdo. Todavia, é preciso que se tenha sempre em vista que o contrato de compra-e-venda é contrato *consensual,* e não *real.*

Outro efeito essencial do contrato de compra-e-venda é a vinculação ao preço (à prestação do preço). Mesmo a respeito do preço, é ineliminável a consensualidade. O comprador vincula-se a pagar: há a dívida do preço, a obrigação do preço, a pretensão ao preço, a ação pelo preço.

Quando, no art. 191 do „Código Comercial, se diz que o contrato de compra-e-venda mercantil é “perfeito e acabado” logo que se dá o acOrdo, mas, nas compras-e-vendas condicionais, só se reputa “perfeito” após o implemento da condição, a terminologia é ambígua. O contrato conclui-se com o acôrdo; perfaz-se com a plena efic4cia, que, de regra, é desde logo. Se há condição, ou têrmo, falta o resto da

eficácia.

A referência a bens imóveis, na □

2 a alínea do art. 191, revela romanismo já superado <L. 66, D., *de verborum significatione,* 50, 16: „Mercis‟ appellatio ad res mobiles tantum pertinet). ~ Como se pode deixar de considerar mercancia o que é imóvel e se compra e se vende como objeto de comércio? ~Não comercia o corretor de imóveis?

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 80 de agOsto de 1957 *(D. da J.* de 11 de setembro de 1958), acertadamente argumentou: "Pouco importa que o art. 191 do Código Comercial diga que por mercantil se deverá ter sOmente a compra-e-venda de efeitos móveis ou semoventes para revenda. Na hora presente, a repetição profissional de atos de compra- -e-venda de imóveis enforma verdadeiros contratos comerciais. Ademais, na espécie; o granito extraído das pedreiras, em blocos, depois manufaturados e preparados para determinadas obras de construção, perde a natureza de imóvel, pois as suas unidades destacadas passam a ser bens móveis, porque suscetíveis de remoção, por fôrça alheia, nos têrmos do art. 47 do Código Civil".

A compra-e-venda, para o próprio u~o, em que é comprador comerciante, é cível, e não mercantil. Uma das conseqUências é não ser invocável o art. 446 do Código Comercial (prescrição em dois anos).

2.PRECISÕES SISTEMÁTICAS. Para melhor e mais rigorosa compreensão do que se passa, digamos: no tocante à eficácia, o que é essencial ao negócio jurídico da compra-e-venda é que o vendedor se vincule a transmitir, se faça devedor, e ao tempo fixado se obrigue, a que o comprador se vincula a pagar e ao tempo fixado se obrigue. Se um ou outro não cumpre o que prometeu, nasce contra o obrigado a *ação de condenação.* Durante todo o tempo pode ser exercida, se o interêsse exsurge <necessidade da tutela jurídica), a *ação declaratoría.*

O preço é que caracteriza a compra-e-venda, se corresponde ao que se adquire em propriedade e posse, ou só propriedade, ou posse. Há preço sem ser em compra-e-venda, como há vinculação à transmissão da propriedade ou da posse sem ser em compra-e-venda.

Nos sistemas jurídicos que, por indefensável daltonismo, não vêem nas compras-e-vendas à vista e noutros contratos *à* vista a dupla contrato consensual e acôrdo de transmissão ou de constituição simultâneos, tentou-se transformar em contrato real o contrato de compra-e-venda

e outros contratos. Alguns juristas chegaram ao absurdo de dizer que a compra-e-venda se fêz contrato real, pOsto que não perdesse a consensualidade, o que borraria a dícotomia "contratos consensuais, contratos reais". O que se dá é que se cumpre instantâneamente a dívida, sem que se possam invocar, portanto, regras jurídicas peculiares aos contratos reais. O que é grave é que não atendem a que há o contrato consensual e o acôrdo de transmissão para o efeito real, dependente do registo, ou para a transmissão da pos-. se, que integre a transmissão da propriedade (cf., a respeito, a crítica de JOSEF

KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen, 1,* 29 s.), aos arts. 711, 1.138, 1.582 e 1.583 do Código Civil francês).

Quem vende o imóvel vende e diz transferir a propriedade e a posse. „Os dois negócios jurídicos estão juntos.

8. COMPRA-E-VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. O *pactum reservati dominji* não diz respeito ao contrato de compra-e-venda, *em si;* mas sim ao adimplemento do contrato. Os vendedores, em geral, prometem prestar, mesmo se prometem prestar simultâneamente com a conclusão do contrato. Se algum dêles acorda em que se preste a posse, mas se reserve a propriedade, isto é, em que só se transmita propriedade quando, por exemplo, estiver pago todo o preço, nada há de extraordinário em tal cláusula, porque os contraentes são livres de estabelecer quando bem entendam a transmissão da propriedade, como a da posse. Na espécie, transfere-se a posse, mas não se transfere a propriedade, deixando-se para mais tarde, a têrmo ou incondicionalmente, a transmissão da propriedade. A utilidade da cláusula é perceptível: perante o comprador como perante os terceiros, o vendedor ainda é o proprietário do bem vendido, (Os contraentes podem preferir a essa cláusula a *cláusula* r

resolutiva, segundo a qual, se algo ocorre, como o inadimplemento de alguma prestação, o contrato de compra-e-venda tem-se como resolvido, ou suscetível de ser resolvido por iniciativa do vendedor.) Constitui deformação do contrato de compra-e-venda dizer-se que, transferindo-se a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse, no momento da conclusão do contrato de compra-e-venda, a transferência é conatural ao contrato de compra-e-venda, e não. cabe pensar-se em qualquer declaração de vontade. Toma-se como eficácia do contrato a eficácia do adimplemento, pré-elidíndo-se o fato ineliminável do acôrdo de transmissão. Quando se diz que a propriedade e a posse se transferirão no dia tal, ou quando algum têrmo fôr atingido, ou alguma condição se implír, necessâriamente se

acordou na transmissão, como adimplemento ou modo de adimplemento do contrato de compra-e-venda,Mesmo nas compras-e-vendas de bens genéricos, pode a escolha ficar ao comprador, ou ao vendedor, ou a algo que de ambos dependa; porém não é essencial que à determinação específica corresponda, sempre, a transmissão. O comprador pode ter de escolher no momento *b,* sem que em tal momento tenha de ocorrer, automàticamente, a transmissão da propriedade e da posse. Diga-se o mesmo no caso de *compra-e-venda alternativa.*

§ 4.272. Eficácia pessoal

1. DIVIDA E ADIMPLEMENTO. Os efeitos da compra-e-venda, contrato consensual, são *obrigacionais,* são *pessoais.* Os chamados efeitos *reais* do contrato de compra-e-venda são efeitos do adimplemento, efeitos do acôrdo de transmissão, ou dos acôrdos de transmissão, e do respeito que o acôrdo teve, ou que os acôrdos tiveram.

O vendedor está vinculado a prestar, isto é, a atribuir ao comprador a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse. A atribuição é adimplemento, mesmo se simultânea ou imediata à conclusão do contrato. Depende de acôrdo, ou de acôrdos.

Se o bem é genérico, tem-se de proceder *à* determinação da espécie, *à* precisão individual do bem. Porém, mesmo aí, não basta essa atividade, seja do vendedor, seja do comprador, seja de ambos os contraentes. É necessário o acôrdo de transmissão, ou são neçessários os acôrdos de transmissão, a que só se pode substituir o *depósito em consignação,* a fim de não incorrer em mora o vendedor, ou de ficar julgada a mora do comprador.

Se a individuação foi feita minutos, dias, meses, ou mais tempo antes da entrega do bem, os dois momentos o da mdividuação e o da tradição não coincidiram. Tudo se passa como se, daí em diante, o bem fôsse específico (pois específico êle se fêz), e a dívida do vendedor se tornou dívida de bem específico, pôsto que, à conclusão do contrato e depois, mas antes da individuação, fôsse dívida de bem genérico.

2. DEVERES DO VENDEDOR. O vendedor tem de defender contra terceiros, nos limites do que prometeu, < a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse. A compra-e-venda rege-se pelos princípios concernentes à evicção e aos vícios do bem vendido. O que

o comprador conhecia por êle foi, pelo menos implicitamente, admitido. Aliás, o mesmo há de ser entendido quanto ao que êle devia conhecer.

A regra jurídica sôbre não ter o vendedor de entregar o bem antes de receber o preço é *ius dispositivum.* Somente se há de atender a tal regra jurídica se nada se dispôs quanto ao pagamento, para torná-lo anterior ou posterior à entrega. Mesmo se o vendedor é depositário de dinheiro do comprador e êsse apenas lhe transferiu parte do preço, não houve satisfação da divida. Tem o comprador de prestar o restante, depositando-o, ou autorizar apropriar-se do restante o vendedor, imputando-o ao depósito que, *ex)typothesi,* existia em mãos do vendedor, e interpelar o vendedor para que entregue o bem, se ainda não o fêz.

8.DEVERES DO COMPRADOR. A eiicácia da compra-e--venda no que concerne ao comprador não é limitada ao pagamento do preço. Tem de não dificultar a prestação pelo vendedor; talvez mesmo, colaborar nos atos que hajam de ser praticados pelo vendedor. Os princípios que regulam o adimplemento são os comuns, com as limitações e as restrições que adiante se apontam.

A compra-e-venda pode ser apenas *emptio spei,* de jeito que o vendedor não se responsabilize pela existência futura do bem vendido; como pode ser sem responsabilidade pela evicção, ou pelos vícios do objeto. Quase sempre, em tais casos, já se previu, na fixação do preço, o risco da titularidade ou do objeto (sôbre a *emptio spei* e sObre a *emptio rei speratae,* F. DI BLASI, La Vendita, *Commentario aí nuovo Codice Civile italiano,* 18; ALFREDO DE GREGORIO, Vendita, *Nuovo Digesto lUz-. liano,* 12, 906).

§ 4.278. Contrato de compra-e-venda e acOrdo de transmissão

r

1.PRECISÕES INDISPENSÁVEIS. No *contrato de compra.-e-venda* sêmente há o negócio jurídico bilateral consensual. Não se há de confundir e com o *acôrdo de transmissão da posse,* nem com o *acôrdo de transmissão da propriedade.* Nem, tão--pouco, com o adimplemento, pela entrega do bem e por outros atos necessários, e pela entrega do preço. Só a representação do leigo inexperto (Vorstellung des unbefangenefl “Laien”, KARL

LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts,* II, 11) pode misturar os três fatos.

Quando a entrega do bem vendido é simultânea à entrega do preço, o vulgo não vê os negócios jurídicos (o contrato de compra-e-venda e os acôrdos de transmissão), seguidos do adimplemento. Se a entrega do bem é posterior ou anterior à entrega do preço, dificilmente se poderia ter a ilusão da unicidade de negócio jurídico.

A consensualidade do contrato de compra-e-venda permite que se venda bem futuro e que se venda bem alheio.

Nas compras-e-vendas manuais, ou à vista, ou de contado, o *tempo* em que o vendedor e o comprador *devem* é mínimo. Daí pensarem os leigos que não houve dividas: ninguém chegou a dever.

O contrato de compra-e-venda é independente de quaisquer efeitos da transmissão da propriedade e da posse.

Mesmo se o vendedor não é dono, nem possuidor, ou se não existe o objeto da compra-e-venda, o vendedor e o comprador vinculam-se. As pretensões e as obrigações nascem, salvo se o objeto era impossível ao tempo da conclusão do contrato de compra-e--venda.

Se o vendedor é proprietário do objeto que vendeu e, após a conclusão do contrato de compra-e-venda, o vende a terceiro, a venda é válida e eficaz; do contrato de compra-e-venda irradiam-se os efeitos como se o bem não tivesse sido vendido a terceiro, ou como ~e nunca houvesse existido, ou em verdade o vendedor não fôsse o dono.

Durante o tempo que medeia entre a conclusão do contrato de compra-e-venda e a transmissão da propriedade e da posse, ovendedor é dono cjo bem vendido, ou dono é outra pessoa.

Os credores daquele, ou dessa, podem exercer as pretensões a medidas cautelares ou executivas. O comprador não pode intervir no processo.

Se o bem é da classe daqueles cuja propriedade só se transmite por efeito de *registo,* então há a possibilidade de se proceder à prenotação, ou registo preventivo, ou o que quer que a lei chame à publicidade da relação jurídica obrigacional, para os *efeitos contra terceiro,* ou mesmo para *efeitos reais.* Tudo depende da lei especial.

2.VALIDADE E EFICÁCIA DA TEANSMISSÂO A transmissão da propriedade pode ser inválida, ou ineficaz, sem que o seja o contrato de compra-e-venda. Por exemplo: o negócio de compra-e-venda do

bem imóvel (não acompanhado de acôrdo de transmissão) foi feito por pessoa solteira, como vendedor, e o acêrdo de transmissão só se concluiu ao tempo em que o vendedor ja estava casado. A transmissão da propriedade pode ser válida, ou eficaz, sem que o tenha sido o contrato de compra-e-venda. Por exemplo: o contrato de compra-e-venda foi concluído quando o vendedor era absolutamente incapaz, e o acôrdo de transmissão já se perfez ao tempo da capacidade. Ao vendedor apenas assiste pretensão à desconstituiçáo do negócio jurídico de compra-e-venda, com a indenização dos danos (IçAm. LARENZ, *Lehrbuch, des Sekutdrechts,* II, 15). Se o acôrdo de transmissão é que é nulo, ou anulável, o ataque a êsse não é ataque ao contrato de compra-e-venda~ há a restituição do bem prestado e a indenização.

O acôrdo de transmissão é negócio jurídico abstrato.

(No direito francês e nos sistemas jurídicos que o copiaram ou imitaram, confundiramse o contrato de compra-

-e-venda e o acôrdo de transmissão: subentende-se acordada a transmissão quando se perfaz o contrato de compra-e-venda. No art. 1.188, 2Y alínea, do Código Civil francês, a compra-e~venda “rend le créancier propriétaire”. Como a compra-evenda, a troca e a doação. No art. 1.582 do Código Civil francês diz-se que “la vente est une convention par laqueIle l‟un s‟oblige à livrer une chose, et l‟autre à la payer”; e no art. 1.588, que

“elIe est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l‟acheteur à l‟égard du vendeur, dês qu‟on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n‟ait pas encore été livrée ni le prix payé”.) 3.EXICÉNCIA DE TRANSCRIÇÁo E TRANSMISSXO DA PROPRIEDADE. No sistema jurídico brasileiro, não há a transmissão da propriedade para os negócios jurídicos de compra-e-venda que exigem forma especial, ou transcrição, se não se observou a lei. Primeiro, advirta-se que a transmissão não é em virtude do contrato de compra-e-venda, e sim do acôrdo de transmissão, que o adimple. Segundo, se é exigida a forma especial, tanto o é para o contrato de compra-e-venda como para o acôrdo de transmissão.

No direito italiano, o art. 1.376 do Código Civil italiano faz requisito especial o ato escrito, não a transcrição. Por isso, absurdamente, a passagem do domínio se pode operar antes da transcrição. Se a transcrição não se dá, o proprietário isto é, quem adquiriu a propriedade a perde. Tal êrro de técnica jurídica provém do art. 1.138 do Código Civil francês. Disse o Código Civil francês, art. 1.138:

“L‟obligation de livrer la chose est parfaite par le r

seul consentement des parties con tractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dês l‟instant oú elle a dú être livrée, encore que la tradition n‟en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aur risques de ce dernier”. Tais regras jurídicas deformaram as Coutumes de Paris, Ch. XI, art. 7, e as Coutumes de Vermandois, art. 126, 132 e 133. Os Códigos Civis que se inspiraram, no século XIX, mostraram que não tinham suficiente conhecimento da diferença entre o contrato consensual de compra-e-

-venda e o acôrdo de transmissão da propriedade e da posse. A explicação, que recentemente se procurou lançar, de ser a transcrição *publicidade* da transmissão, chega às raias da confusão propositada, e está em LtiiGí FERRI (Delia Trascrizione immobiliare, *Commentario de* A. SCIALOJA e G. BRANCA, 4. si. A posse, essa, pode ser transferida antes da transcrição; a propriedade, se a transcrição foi exigida, de modo nenhum. O defeito do . ad.

1.376 do Código Civil italiano é gritante.

Oacôrdo de transmissão pode ser obstado, em sua eficácia. pelo próprio outorgante. Então, o vendedor não fêz *boa* a compra-e-venda e infringiu obrigação. Por outro lado, em caso de se ter de registar, pode acontecer que o registo não seja praticável, por falta de algum pressuposto objetivo ou subjetivo. De qualquer modo, houve infração do contrato.

Desde que se prometeu a aquisição, qualquer falha que a dificulte ou impeça é falta de adimplemento, ou adimplemento ruim, com tôdas as conseqüências jurídicas. O acôrdo de transmissão é passo para a aquisição. O

contrato de compra e-venda prometeu a aquisição. O acôrdo de transmissão tem de existir, ser válido e ser eficaz.

CAPITULO III

VALIDADE DO CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA

§ 4.274. Regras jurídicas gerais

1.INCIDÊNCIA DAS REGRAS JURÍDICAS SOBRE INVALIDAm. Os contratos de compra-e-venda submetem-se, em geral, às regras jurídicas sôbre nulidade e anulabilidade. Somente a propósito de formas e de proibição de comprar há regras jurídicas especiais.

2.NULIDADE. O contrato de compra-e-venda é *nulo* se praticado por pessoa absolutamente incapaz, seja como vendedor seja como comprador (Código Civil, arts. 59 e 145, 1). Todavia, há compras-e-vendas em que a pessoa que presta o preço, ou entrega o bem vendido, não é o comprador, ou o vendedor. O menor de dezesseis anos que compra o brinquedo, ou o livro, ou os bombons, com o dinheiro que o pai, o tutor, o curador, ou alguém, mesmo sem ser parente, lhe deu, não é o figurante do contrato de compra-e-venda, porque o comprador foi quem lhe enttegou o dinheiro e lhe permitiu a prática do ato de compra. Passa-se o mesmo quanto ao louco, o surdo--mudo, mesmo se interdito, ou o ausente que foi declarado tal pela justiça.

Os contratos de compra-e-venda são *nulos* nas mesmas espécies em que o são os demais contratos. Em princípio, do ai *ormais.* Todavia, se a lei lhes exige *forma especial,* a infração da lei sôbre forma importa nulidade (Código Civil, arts. 145, III, 82 e 130).

Pode dar-se, também, que a lei contenha regra jurídica sôbre a essencialidade de alguma *solenidade negocial.* Se é infringida, o contrato de compra-e-venda é *nulo* (Código Civil, art. 145, IV).

Ainda se há de referir a nulidade decorrente da incidência de regra jurídica que, na espécie ou no caso,

“taxativamente” o considere nulo (Código Civil, art. 145, V).

£ *nulo* o contrato de compra-e-venda se ilícito ou impossível o seu objeto (Código Civil, art. 145, II). A compra-e--venda de bens extracomércio é nula. Nulo é o contrato de compra-e-venda de bem específico, se êsse deixou de existir antes da conclusão do negócio jurídico bilateral.

O contrato de compra-e-venda em que foi vendedor, ou comprador, pessoa declarada ausente, em princípio é *nula* (Código Civil, arts. 145, 1, e 59, IV); porém exsurgem questões que não se apresentam a respeito dos contratos de compra-e--venda em que são figurantes os menores de dezesseis anos, os loucos e os surdos-mudos que não

podem exprimir a vontade (Código Civil, arts. 145, 1, e 59, 1, II e III). A propósito dos menores de dezesseis anos, às vêzes são êles instrumentos > núncios; a propósito dos surdos-mudos que não podem exprimir a vontade, pode r

ocorrer que apenas prestem a presença física, tirando os compradores aquilo que compraram. A propósito dos ausentes, foram êles declarados tais *(ex hypothesi),* mas, no lugar em que se acham, ignorado pelas pessoas do lugar em que foram declarados ausentes, a sua vida pode ser normal, com os atos jurídicos de circulação patrimonial.

Se o bem que se vende é *extra commercium,* dissemos que o contrato de compra-e-venda é nulo. Igualmente é nulo o contrato de compra-e-venda de bem que não existe *(e. g.,* o quadro "Nossa Senhora da Penha" de Portinari). Idem, o de compra-

-e-venda de bem que deixou de existir (no momento da conclusão do contrato, o cavalo estava morto). Se o bem não mais existe em parte (inexistência parcial, perecimento parcial), ou se em parte foi pôsto fora de comércio, sem que o soubesse o comprador, são de invocar-se os arts. 1.101-1.105 do Código Civil.

3.ANULABILIDADES. Os contratos de compra-e-venda em que é vendedor ou comprador pessoa relativamente incapaz. (Código Civil, arts. 147, 1, e 6.0, 1, III e 1V) são *anuláveis.*

Frequentemente, tem-se de supor o assentimento da pessoa que os devia assistir, ou, se tal pessoa não existe e há interêsse do incapaz nos negócios jurídicos em que figura, o assentimento do Estado, que não providenciou para que se desse tutor ou curador ao relativamente incapaz. Daí valerem as vendas féitas pelos relativamente incapazes se praticam tais atos para a subsistência, ou, em geral, com interêsse protegível (vendas de canetas, cigarros, brinquedos, trabalhos de artesanato).

A anulabilidade por êrro ou por dolo ou por fraude contra credores pode atingir o contrato de compra-e-venda, como a quaisquer contratos (cf. 53 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de março de 1951, E. *dos* 7., 193, 169).

§ 4.275. Proibições de comprar

1.FUNÇÃO DE GUARDA, ADMINISTRAÇÃO E VIGILÂNCIA E

PROIBIÇÃO DE COMPRAR.

Primeiramente, observemos que a proibição não é só de comprar: é de comprar, ser figurante, ou outorgado, em acôrdo de transmissão, ou em negócio jurídico unilateral, de trocar e de pré-contratar compra-e-venda ou troca.

O art. 1.133 do Código Civil tem de ser interpretado como vedativo de compra, troca, outorga em pré-contrato de compra- -e-venda, ou de troca, ou em acôrdo de transmissão, ou negócio jurídico unilateral de transmissão, sempre que a atividade funcional da pessoa pode, de qualquer modo, influir no negócio jurídico em que o agente é beneficiado.

O que se proibe é a outorga a favor de qualquer das pessoas mencionadas no art. 1.133 do Código Civil, quer a ela mesma, quer a ela por interposta pessoa, quer a ela como procurador de outrem. Cp. Código Civil, art. 1.325, II e III.

O tutor, o curador, o testamenteiro e, em geral, os administradores nas espécies do art. 1.133 do Código Civil não podem ser procuradores dos outorgados. Cf. Código Civil alemão, § 456. Todavia, se a procuração foi dada por A a E para que vendesse a C o bem para que C já dera procuração a E para o comprar, não há incidência do art.

1.133, II, do Código Civil.

Lê-se no art. 1.133 do Código Civil: “Não podem ser comprados, ainda em hasta pública: 1. Pelos tutôres, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração. II. Pelos mandatários, os bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados.

Pelos empregados públicos, os bens da União, dos Estados e dos Municípios, que estiverem sob sua administração, direta ou indireta. A mesma disposição aplica-se aos juizes, arbitradores, ou peritos que, de qualquer modo, possam influir no ato ou no preço da venda. IV. Pelos juizes, empregados de fazenda, secretários de tribunais, escriváes e outros oficiais de justiça, os bens, ou direitos, sôbre que se litigar em tribunal, juízo, ou conselho, no lugar onde êsses funcionários servirem, ou a que se estender a sua autoridade”.

Não podem as pessoas mencionadas no art. 1.133 ser outorgadas, mesmo que não figurem no negócio jurídico, isto é, por interposta pessoa.

A *pessoa interposta* é a pessoa que figura como outorgado, em vez de outra. No art. 12720, □

2 a alínea, do Código

Civil, a propósito de disposição testamentária a favor de incapazes de suceder a causa de morte, diz-se que se

"reputam" pessoas interpostas o pai, a mãe, os descendentes e o cônjuge do outorgado. Tal regra jurídica de modo nenhum se há de interpretar como se só se considerassem pessoas interpostas as de que fala o art. 1.720, □

2 a

alínea. Apenas se estabelece que tais pessoas são, em quaisquer circunstâncias, tidas como interpostas; outras, que não são parentes, podem, conforme as circunstâncias ser tidas como interpostas. No art. 1.133 do Código r

Civil nada se formulou sôbre a interposição, mas havemos de entender que há nu]idade se a aquisição foi por interposta pessoa, inclusive por alguma das que são mencionadas no art. 1.720, 23 alínea. Adquirir por interposta pessoa, se a lei o proibe, é adquirir *in fraudem tegis.*

2.TUTÓRES, CURADORES, TESTAMENTEIROS E ADMINISTRADORES. Nem os tutôres, dativos ou não, nem os curadores, dativos ou não, nem os testamenteiros, nem os administradores podem comprar, adquirir, ou ser outorgados em pré--contrato de compra-e-venda se os bens estão confiados à sua guarda e administração (Código Civil, art. 1.133, 1). Se os bens não estão confiados à guarda e administração dos tutôres, curadores, testamenteiros ou administradores, não há a proibição. Cumpre, ainda, que se advirta: basta que o tutor, o curador, ou administrador, tenha a guarda do bem, para que não possa comprá-lo; e o mesmo ocorre se só tem a administração, sem a guarda. O testamenteiro não pode comprar o bem incluso na herança, de que é testamenteiro, mesmo se não tem a guarda, nem a administração.

„O pai, que tem o pátrio poder, ou a mãe, que tem o pátrio poder, de regra tem a guarda e a administração do bem do filho. Daí o problema de interpretação que surge. ~ Está o genitor, que tem o pátrio poder, incluído no conceito de "administrador"?

O art. 1.133, 1, não se referiu aos pais. Assim TEIXEIRA DE FREITAS,

na *Consolidação das Leis Civis,* art.

585, pôsto que, contrâriamente, *de lege ferenda,* se manifestasse no *Esbôço,* art. 1.988, inciso 1.0 (idem, o Projeto primitivo, art. 1.279) -O fundamento de não se incluírem os pais deu-o CÁNDWO DE OLIVEIRA *(Trabalhos da Câmara dos Deputados,* II, 58): "Presentemente, o que os pais não podem fazer é vender a. seus filhos sem que os outros descendentes consintam expressamente na venda. ~ Para que proYbir a compra, ainda mesmo em hasta pública, dos bens dos filhos sob o pátrio poder? Desde que há concorrência e a hasta não pode ter lugar sem a intervencão judicial, a disposição do artigo não tem razão de ser. E, antes, a faculdade concedida ao pai de comprar os bens dos filhos, evitará muitas vêzes sair do patrimônio familiar bens que tenham valor de afeição". A jurisprudência é assente *(e. g.,* aa Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, 22 de outubro de 1952, *R.*

dos 2"., 207, 403).

A respeito do tutor e, pois, dos curadores (Código Civil, art. 453); o ad. 428 do „Código Civil proibe-lhes adquirir, por si, ou por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública, bens m~veis, ou de raiz, pertencente ao incapaz.

A regra jurídica do" art. 1133 1, 3Y parte, do Código Civil proveio do direito das Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 62, § 7, onde se dizia: "E os testamenteiros não comprem, nem hajam bens alguns, nem coisa, que ficar por morte dos testadores, cujos testamenteiros forem, per si, nem per interposta pessoa, para si, nem para outrem, pôsto que os tais bens se vendam públicamente em pregão por autóridade da Justiça. E fazendo o contrário,, a compra seja nenhuma, e a coisa comprada se torne à fazenda do defunto, e o testamenteiro perca a valia da dita coisa em dôbro para o Residua, e os Contadores Iha tomem logo .e tirem de poder; salvo mostrando que o defunto lixa deixou por doação em seu testamento, ou que era seu herdeiro, e que como tal a houve, de que logo fará certo ao Provedor".

A infração da proibição importa nulidade *ipso jure* (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de maio de 1929), de modo que se inclui nas nulidades do art. 145, II (objeto ilicito, devido à limitação subjetiva de poder; aí, de adquirir). Porém já no *Tratado dos Testamentos* (V, 159) mostráramos que a proibição não compreende: a) o cônjuge meeiro, quando se trata de aplicar o ad. 1.777; nem *b)* o próprio testamenteiro estranho (não-cônjuge e não-herdeiro), depois de julgadas as contas e exonerado do cargo (cp. Decreto n. 834, de 2 de outubro de 1851, art. 51), à semelhança do que ANTÓNIO DA GAMA decidia, no seu século,

quanto aos tutOres; nem *o* > os casos em que o testador mesmo fixou o preço e determinou o objeto. Eis, *ipsis literis,* o que escrevêramos: "É válida a disposiçflo "Deixo a A o prédio da rua B, ou a quantia de cem contos, se C, testamenteiro, quiser ficar com êle por éste preço" O testador fixou o preço, determinou o objeto. A venda, como em outros casos que se podem lembrar, faz parte da declaração de vontade. Mas é nula a disposição geral: "Concedo-lhe a faculdade de comprar os bens da herança", sem qualquer limitação".

No exemplo que déramos, não há, evidentemente, direita de preferência a favor do testamenteiro; nem há *pactum de oontrahendo,* pré-contrato; há *direito de empçâo,* que é sub-classe do que vulgarmente se chama "direito de opção", convenção, ou disposição de última vontade, ou declaração unilateral de vontade entre vivos, pela qual um dos contraentes, ou o beneficiado testamentário, ou o *unus ex publico,* adquire o direito a *formar,* por sua vontade, re1ação de obrigação cujo objeto e preço foi convencionado ou unilateralmente fixado pela outra pessoa.

O testamenteiro que vai exercer o direito de opção *(in oasu,* direito de empçào) ou o de retrovenda (Código Civil, arts. 1.140-1.143), não está nas mesmas condições da que vai exercer o direito de preferência, pois que nesse falta r

a fixação do preço *(e.* g., Código Civil, art. 1.149, *verbis* "tanto por tanto"). Não se pode dizer que a preempção (sem fixação

de preço) esteja isenta dos inconvenientes que o ad. 1.183 do Código Civil viu na compra-e-venda ordinária e na troca. Mas êsses inconvenientes desaparecem quando o testador mesmo, ou alguém a quem ê]e sucedeu, fixou *objeto* e *preço,* porque, então, nasceu, por fato dêle mesmo, *antes* da função do testamenteiro, com todos os elementos, *direito formativo gerador,* isto é, direito peio qual alguém está investido do poder de criar ou de modificar relação jurídica por ato seu. Dai chamarem os juristas alemães a êsses direitos "direitos formativos geradores" (begrtindende Gestaltungsrechte). A ação dêles não é a do art. 1.006, ~ 29, do Código de Processo Civil, relativa às *promessas de contratar.* SAo de invocar-se os arts. 312 e 318 do Código de Processo Civil, se a coisa vai ser vendida a terceiro, ou é de propor-se a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. Essa diferença é extremamente importante.

Nos casos do art. 1.133 do Código Civil, a lei somente havia excluido a compra, deixando fora o direito de preferêneia, um dos direitos formativos geradores, porém logo acrescentou ainda em hasta

pública". O adendo mostra, de si só, que o legislador reputa *insuficiente* garantia de moralidade das aquisições pelas pessoas mencionadas no art. 1.133 a competição pública, ou qualquer "tanto por tanto". Porém de modo nenhum se pode concluir que haja feito tábua rasa dos direitos formativos geradores com todos os elementos do direito a formar-se. Daí o nosso texto do *Tratado dos Testamentos* (V, 159).

Se a própria promessa de contratar, ou pré-contrato, que não se confunde (yale a pena insistir-se, porque andam por aí assaz confundidos), com os direitos formativos geradores, possui *todos os elementos* do negócio jurídico, então se passa aquilo a que aludira ANDREAS VON TUHR *(Der Allgemeine Teu,* II, 10 caderno, 494) a promessa de venda já é venda, a promessa de mútuo já é mútuo. Se a promessa de venda já fixou *objeto* e *preço,* então não há infração do art. 1.133, se o testamenteiro exige o cumprimento. Se a coisa ou o preço não foi determinado, dependendo de circunstâncias ulteriores a fixação, como é o caso do direito de preempção e das vendas em hasta pública, o testamenteiro que tem êsse direito formativo gerador há de esperar que os herdeiros ou legatários recebam os bens e possa êle, depois de prestadas az contas, exercê-la. Até aí chegou ANTÔNIO DA GAMA, na decisão 217, a respeito dos tutôres. Se, durante o inventário e partilha, ou, ainda depois, antes de passar em julgado a sentença da prestaçao de contas, fôr vendido o bem, entende-se que, permanecendo no cargo, o testamenteiro renunciou ao seu direito formativo gerador.

3. ADMINISTRADORES. A administraçãO ~ óbice à aquisição sempre que é possível a atuação ou influência do administrador para diminuir o valor do bem, não estando determinado jSelo alienante o preço: A proibição de compra pelo que é administrador dos bens, em virtude de mandato, atende a que os podêres de administração compreendem podêres de alienação de frutos, ou produtos, e a essas espécies é que se há de entender incidente o art. 1.138, 11, do Código Civil. Se o mandatário, que administra, não tem podêres para vender frutos ou produtos, então não é *eficaz* qualquer alienação que dêle provenha (não se confunda nulidade com ineficácia).

A proibição de comprar só se refere a atos do mandatário em que êle figure como *representante* do vendedor. Em conseqílência, não se pode invocar o ad. 1.133, II, do Código Civil: a)Se na alienação o outorgarite é o próprio alienante, e não representante dêle (Supremo Tribunal Federal, 27 de janeiro de 1944, *R. F.,* 100, 477, e 26 de novembro de 1948, *Á. J.,* 89, 426; 2.~ Turma, 25 de agôsto de 1942,

64, 358, e 16 de julho de 1946, 1?. E., 109, 97; 1.8 Turma, 27 de outubro de 1952, *A. .7.,* 105, 204; 3□8 Câmara Civel do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 12 de abril de 1945, *.1.,* 26-27, 896 s.; 2.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 7 de julho de 1953, *D. da*

.7. de 11 de fevereiro de 1954).

i» Se o alienante é representado por terceiro, tendo sido determinado o preço pelo alienante, porque então a desvalorização propositada, por parte do administrador, não teria razão de ser *(e. g.,* 3Y Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de fevereiro de 1953, *1?. dos T.,* 210, 247).

e)Se o alienante outorgou ao administrador procuração em causa própria (Código Civil, art. 1.317, 1).

Se o outorgante da alienaçãO é o próprio dono dos bens administrados ou titular do direito, ou terceira pessoa, a quem o dono dos bens ou titular do direito conferiu podêres, fixando o preço, não há pensar-se em nulidade. Tal ato de outorga pelo titular do direito real ou pessoal, ou pelo terceiro, munido de podêres de alienar, contém implícita revogação do mandato conferido para administrar ou para alienar. Tratando-se de administrador de r

terras, o conhecimentO do novo mandato é em virtude de comunicação de quem tem de entregar a posse própria (Eigenbesitz) ao adquirente, o que se opera a favor do próprio administrador, se êle é o adquirente, recebendo-a do nôvo mandatário. Se o outorgante é o próprio dono ou titular do direito, recebe-a dêle.

4.PROCURADORES: MANDATÁRIOS E REPRESENTANTES. Quem exerce procura pratica atos de confiança. Quer se trate de procurador~administardor quer de procurador sem administração, entende-se que não possa adquirir o bem a que a procuração se refere. A expressão “mandatários”, no art. 1.138, II, está em sentido larguíssimO, que não é o próprio.

Tem4e procurado entender que o advogado não está incluido no conceito de mandatário, de que trata o ad. 1.133, II.

O advogado não administra, nem aliena. Mas, se tem de pedir ou concordar com vendas e outras alienações, representando o cliente, está incluido. Da! não se poder pré-excluir, a *prior,* o advogado (como fazia J. M.

CARVALHO SANTOS, *Código Civil interpretado,* 16, i37; 2.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de são Paulo, 9 de novembro de 1954), nem, a *pr&on,* inclui-lo *(R. dos* 7., 119, 751). Se, por exemplo, tinha podêres de alienar ou concordar com alienação (alienar é), está incluido (cf. 1.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de junho de 1954, *R. dos* 7., 228, 480).

Na expressão “comprar” estão contidos todos os atos de aquisição, com a cessão de crédito (art. 1.184) e a constituição de direitos reais. Inclusive, a favor de outrem, para garantir divida da responsabilidade do mandatário, ou administrador (4. Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de abril de 1944, *R. dos T.,* 191, 651 >.

5.EMPREGADOS PÚBLICOS. Quem quer que exerça emprêgo público,

seja funcionário público, ou não no seja, não pode adquirir bens da União, dos Estados-membros e dos Municípios %Código Civil, art. 1.183, III), nem comprar, nem ser outorgado em pré-contrato de compra-e-venda, se os bens estão sob sua administração, direta ou indireta. A falta de referência explícita à guarda é inoperante. O empregado, que tem a guarda, sem ter podêres de administração, não pode ser outorgado em negócio jurídico sôbre o bem guardado.

.1~

6.JUIZES, EMPREGADOS DA‟ FAZENDA, SECRETÁRIOS DE TRIBUNAIS, ESCRIVÂES E OUTROS

OFICIAIS DE JUSTIÇA. A proibição de adquirir, de que trata o Código Civil, art. 1.133, IV, pressupõe a subordinação dos bens ao Estado, para que ao õrgão estatal, ou ao titular da função não se permita compra, nem aquisição, nem o ser outorgado em pré-contrato de compra-e -venda. O requisito subjetivo é o de ter tido, ter ou poder ter a pessoa de praticar atos no processo judicial ou administrativo referente aos bens de que se cogita. Não importa se em hasta pública, ou não. Nem, tão-pouco, se a pessoa funcionou, ou não, no processo, a ponto de ter praticado ato concernente aos bens. Basta a possibilidade da prática, porque mais se teve por fito afastar a eventual influência do que a influência efetiva. No mesmo juízo, o escrivão do cartório a não pode adquirir bens do cartório *b,* nem o oficial de justiça, que não intimou, nem cumpriu outro mandado, no tocante ao processo *b,* pode adquirir bens de que se fêz penhora no dito processo.

Alguns problemas surgem: a) o do juiz, secretário de trÍbunal, escrivão ou outro funcionário judiciário, que se aposentou ou foi pôsto em disponibilidade, ou perdeu o cargo; b) o do membro do tribunal ou conselho, a 4ue foi ou pode ir, em recurso, ou correição, o processo; *c)* o da expressão “oficiais de justiça”; *d)* o dos substitutos dos juizes; *e)* o dos juizes que despacharam ocasionalmente, por estar ausente do fOro o outro juiz.

Quanto ao problema a), a retirada do juiz, ou aposentadoria, ou disponibilidade, ou perda do cargo, não o exclui da proibição de adquirir, no tocante a qualquer processo que corria no seu tempo. Passa-se o mesmo com as outras pessoas a que o art. 1.183, IV, se refere.

Quanto ao problema lO, nenhum membro de tribunal ou conselho pode adquirir em juízo de cujos despachos e decisões possa conhecer, em recurso ou correição, ainda que se trate de recurso extraordinário,

se já houve distribuição ao corpo coletivo.

Quanto ao problema e), a expressão "outros oficiais da justiça" está em sentido amplo: oficiais de justiça, *proprio sen.su,* porteiros, peritos oficiais ou no processo, avaliadores oficiais ou no processo, depositários judiciais oficiais, etc. (1.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de agôsto de 1942, *R. dos 7"., 141*, 565).

Quanto ao problema *d),* os substitutos do juízo, *por lei,* estão incluídos na regra jurídica proibitiva, e os substitutos por *designação,* para todos os processos que corriam durante o tempo em que funcionaram. Diga-se o mesmo a propósito dos outros funcionários judiciários, ou pessoas que possam, por lei, substituir em todo o juízo, e, no tocante ao processo, as pessoas estranhas que para êle sejam designadas.

r

Quanto ao problema *e),* se o juiz apenas despachou na ausência de ottro, *sem decidir,* por se tratar de simples despacho ordinatório, que nenhuma influência poderia ter na alienação, não lhe está proibida a aquisição.

Se o juiz, o empregado da fazenda, o secretário de tribunal, escrivão ou outro funcionário público, não pode funcionar por ser *parte (e. g., é* herdeiro em inventário que corre no juízo, ou no levantamento da caução, ou na ação executiva), pode adquirir, porque, *por lei,* não poderia funcionar (Supremo Tribunal Federal, 9 de julho de 1953, *A. .7.,* 110, 61).

~ de discutir-se se, estando a ação em inferior instância, estão proibidos de comprar todos os juizes e mais funcionários públicos que fazem parte do tribunal (ou são a êles ligados) para o qual *pode* subir a causa. A solução certa é no sentido de não estar atingido o membro da câmara, turma, ou tribunal, a que ainda não se distribuiu o pleito (DOMENICO RUBINO, *La Compravendita,* 20; sem razão, ALFREDO DE GREGORIO, Vendita, *Nuovo Digesto italiano,* 12, 900).

É preciso que já se haja proposto a ação, e não que apenas se possa propor, ou se haja dito que se vai propor, inclusive se Já se constituiu advogado (sem razão, ARIAS, *II Retratto litigioso,* 105>.

A proibição existe qualquer que seja a questão *(quae8tio juris* ou

quaestio facti; de direito público ou de direito privado; de direito material ou de direito formal, de processo de cognição ou de execução; TORQUATO

CUTtJRI, *Delia Vendita, Cessione e Permuta,* 780 s.).

Não tem invocabilidade, no sistema jurídico brasileiro, a opinião de não se estender a proibição às operações em hasta pública (assim, erradamente, na doutrina italiana, *e. g.,* E. PÁCIFIcI-MAZzONI, *1 „Codice Civile italiano commentato, ~*, 5.~ ed., n. 96; GINO GORLA, *La Com pravendita e la Permuta,* 59). A razão que se dá para tal ilação é a de, na hasta pública, não subsistir o perigo que a lei quer evitar (li).

Não se pode adquirir, sequer, o direito litigioso (FRANCESGO DEONI, *La Com pravendita,* 69 s.).

Se bá interposta pessoa, é como se a compra fOsse feita pela pessoa a que se vedou comprar. Há nulidade, aí por *fraus legis.*

7. LEILOEIROs. No Decreto n. 21.981, de 19 de outubro de 1932, art. 36, *b),* diz-se: „tt proibido ao leiloeiro adquirir para si, ou para pessoa de sua família, coisa de cuja venda tenha sido incumbido, ainda que a pretexto de destinar-se a seu consumo particular. Leia-se: não pode adquirir para ai, ou para outrem, porque lhe é vedado, em princípio, ser procurador dos licitantes; e pessoas da sua família também não podem adquirir bem de cuja venda esteja encarregado o leiloeiro, quer por lei, quer por negócio jurídico.

8.SANÇÃO DO ART. 1.133 DO CÓDIGO CIVIL. A regra jurídica do ad. 1.183 do Código Civil é regra jurídica de *invalidade.* Os negócios jurídicos atingidos por algum dos mciaos do ad. 1.138 são *nulos.* Resta saber-se se, a despeito disso, podem ser ratificados. A ratificação foi admitida pelo Código Civil alemão, § 458. No direito brasileiro, não há a ratificabilidade dos negócios jurídicos sob a sanção do ad. 1.138 do Código Civil. Não se trata de simples ineficácia, nem e anulabilidade. A *ratificação,* em se tratando de nulidade, seria excepcional; dependente, portanto, de *lez speciaMs.* Tratar-se-ia, aliás, de sanação.

9.ExTENSão O LEGAL DA INCIDÊNCIA DO AiRT. 1.183 DO CÓDIGO CIVIL. L4-se no Código Civil, ad.

1.134: “Esta proibição compreende a venda ou cessão de crédito,

exceto se fOr ou entre co-herdeiros, ou em pagamento de dívida, ou para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no artigo anterior, n. IV",. A lei estendeu aos contratos de compra-e-venda lato *sensu* (Código Civil, art. 1.078> e à cessão de crédito (Código Civil, arts. 1.065-1.077> as regras jurídicas do art. 1.133. A exceção *(verbo* "exceto") só se refere aos negócios jurídicos dos arts. 1.065 e 1.077 e aos negócios juridicos do art. 1.078. Não apanha os contratos de compra-e-venda *stricto sensu,* quer se trate de compra-e-venda de bens específicos quer de compra-e-venda de bens genéricos.

Se a transferência do crédito se opera por fôrça de lei (Código Civil, art. 1.076), o art. 1.133 não incide.

§ 4.276. Venda de ascendente a descendente

1.REGRA JURÍDICA INVALIDANTE . Diz o Código Civil, ad. 1.132: "Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam". Nas Ordenações Manuelinas (Livro r

IV, Titulo 82), disse-se que, para se evitarem "muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas" aos filhos, netos, ou outros descendentes, exigiam o consentimento dos outros filhos, netos ou descendentes, permitindo a licença régia em caso de o denegarem os filhos, netos ou outros descendentes. A sanção era a nulidade *(verbis* "será ninhfla, e de ninhuú efecto) ; e "por morte do dito vendedor será a dita cousa, que assim foi vendida ou trocada, partida antre os seus descendentes, que seus herdeiros forem, como que este-Vera em poder do dito vendedor, e fôra sua ao tempo de sua morte, sem por elo paguarem preço alguO a aguelle que a comprou". A regra jurídica passou às Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 12), *ipsis verbis.*

Refletiu-se no Código Civil português, art. 1.565, no argentino, art. 1.359, e no chileno, ad. 1.796.

Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 12, estava dito:

"Por evitarmos muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar das vendas, que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes, determinamos, que ninguém faça venda

alguma a seu filho, ou neto, nem a outro descendente. Nem outrossim faça com os sobreditos troca, que desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, netos, ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor. E não lhe querendo dar o consentimento, o que quiser fazer venda, ou troca, no-lo fará saber; e sendo Nós informado da causa, por que os filhos, ou descendentes lhe não querem dar consentimento, Nós lhe daremos licença que a possa fazer, parecendo-nos justo; e fazendo a tal venda ou troca sem consentimento dos filhos, ou sem nossa expressa licença, será nenhuma e de nenhum efeito. E por morte do vendedor, a coisa, que assim fOr vendida, ou trocada, será partida entre os seus descendentes, que seus herdeiros forem, como que estivera em poder do vendedor, e fôra sua ao tempo de sua morte, sem por isso pagarem preço algum ao que a comprou". Proveio isso das Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 82. Não estava nas Ordenações Afonsinas.

O que se quer evitar é que se doe, como se de venda ou troca se tratasse, porém dispensou-se qualquer prova da simulação-Tem-se assente em jurisprudência que não há suprimento judicial do assentimento do descendente em caso de negar-se êsse a assentir na venda por ascendente a outro descendente (8,~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de maio de 1951, *1?. dos T.,* 193, 747, e 142, 264, dois acórdãos da mesma data) - Com razão.

A compra-e-venda ou a troca é nula, e não, anulável, como erradamente escreveram alguns comentadores. Nem se precisa alegar e provar que, se de doação se tratasse, feriria o direito às legítimas (sem razão, o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 7 de novembro de 1928, *R.* 9., 58, 322, e o Tribunal da Apelação de São Paulo, a 26 de março de 1940). Na *Consolidaçdo das Leis Civis,* nota 88 ao art. 588, TEIXEIRA DE FREITAS desatendera aos textos legais quando, em nota, aludiu à fraude contra as legítimas. Seria violar-se o Livro IV, Titulo 12, das 4.

Ordenações Filipinas, onde se diz ser "nenhuma e de nenhum efeito" a venda ou troca com infração do que lá se estatuia.

Ao tempo do Código Civil, a invalidade decorre do art. 145, IV.No art. 147 nenhuma regra jurídica se encontra em que a sanção se pudesse basear. Certos, LAPAIRTE RODRIGUES PEREIRA *(Pareceres,* 1, 68; cf. *O* O., 88, 396), EDUARDO ESPÍNOLA *(Manual do Código Civil,* III, 570 sj, e parte da jurisprudência *(e. g.,* □

3 a Câmara

Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 26 de novembro de 1942, *R. 9.,* 94, 319 s; Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 9 de julho de 1942, *A. .1.,* 63, 398; 6.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de novembro de 1952, *R. dos T.,* 208, 274; e o voto vencido de BULHÕES DE CARVALHO, por ocasião do julgamento do 1.0 Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 17 de abril de 1952 *(A. J.,* 104, 44). O que sustentavam J. M. CARVALHO SANTOS e outros era absurdo (idem, *e. g.,* o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 8 de fevereiro de 1954; cf. Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 23 de abril de 1948, *R. 9.,* 119, 501).

Na 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de dezembro de 1951 (O. *da J.* de 19 de maio de 1952), foi assente que a *ratio legis* do art. 1.132 é a de evitar-se que, sob aparência de venda, se dissimulem doações prejudiciais aos outros descendentes (o que não é a verdade precisa), porém do texto não se pode aduzir que a invalidade da compra-e-venda seja condicionada à prova da simulação.

Ofundamento é o de pré-excluir *enganos* e *demandas* entre ascendentes e descendentes, o que estava explícito nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 12, mais, portanto, do que evitar dissimulação de doações. Não se falou em legítimas. *As doações são permitidas;* o que se repele, por nulo, é o excesso que fere as legítimas.

Oêrro de se ter por dependente da prova da simulação, a despeito da clareza da lei, o negócio jurídico com r

infração das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 82, hoje art. 1.132 do Código Civil, entronca-se em MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes,* IV, 297, que, com alusão à *anÃina legis* subjetivismo repelido pela ciência escreveu:

~„Videtur dicendum, quod cessante fraude, et praeiudicio filio-rum, valida est dieta venditio, nec locum habet hujus textus dispositio, ex ratione enim decidendi venit lex inteíiigenda, amplianda, et restringenda‟>. Não era a hçao dos especialistas> como dolo DE CARVALHO *(Novus et methodicus Tractatus de una et altera Quarta deducenda,. vel non legitimo-, falei-dia, et trebeiliaflita, ad? eap. RavnftldUS de Testamentis,* Parte II, n. 452).

Aliás, o êrro de MANUEL GONÇALVES DA SILVA ia além:

entendia que a compra~e-venda feita pelo filho ao pai seria nula, se não houvesse o assentimento dos outros presumiveis herdeiros. Daí o acêrto das criticas de MANUEL DE ALMEIDA E 50135k *(Notas de Uso prático,* II, 148 *si -*

É lamentável que, na discussão dos casos de violação do art. 1.132, com interposta pessoa, se aluda a anulabilidade por simulação (Código Civil, art. 102>. Trata-se de *fraus Is giz* (cf. Tornos 1, § 17, lv, §§ 489, 5, 478, 1).

Se, ao tempo da propositura da ação de nulidade, ainda a pessoa suspeita de interposição não vendeu ao descendente, com infração do art. 1.132, o bem, é improcedente a ação, por ainda não existir um dds pressupostos, que é o da venda a descend~nte (não se precisa falar, de "transmissão", como fêz a 2.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, a 18 de julho de 1951, *R. dos 7*". da Bahia, 44, 261).

2- ATO DE DtsI"Os1ÇkO. Venda, no ad. 1.132, compreende: a) a venda, *propriL~ sensn; b>* a dação em soluto (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Coinmentar a.,* IV, 295: "iii datione in solutum voluntaria" decisão do Juízo de Cadaval, 11 de outubro de 1675, em MANUEL ÂLVMtES PÉGAS, *ResOttLttO* tze8 *Forenses,* III, 105;

 cp. ANTÓNIO DA GAMA, *Decisiol"t5S,* d. 295); c) a troca, exigindo-se hoje, como outrora, Que seja desigual, pela regra jurídica do art. 1164, II: "É nula a troca de valOres desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes" (FRANCISCO DE CM~Dk~, *Commento LrittS artat¶ytiCUS,* Cap. 3, n. 24; AmES PINHEL, *Ad rubricam et 1,. 2,* Cod., *de rescindenda venditione, Comrnentaria,* cap. 2, n.

10; GABRIEL PEREIRA DE CASTItO, *De cisiones,* 202>; *d)* o reconhecimento ou confissão de divida (ÁLVAXO VALASCO, *Decisiortttn ConsultatioWflm «e rerum ludicatarum,* 1, 194; AmES PINHEL, *Ad rubricam et L, 3,* Cod,Cap. 3, n. 23; MANUEL GCNÇALVES DA SILvA, *Commentaria,* IV, 295); *e)* a constituição de enfiteuse (MANUEL GONÇALVES DA SILvA, *Comment ama,* lv, 293), usufruto, uso, habitação, hipoteca, ou anticrese *1)* locação a longo prazo, pode ser fraude à lei, porém, aí, se há de ir contra a simulação, pela ação de anulação bem assim, se há contrato oneroso que dissimule a venda ou ato proibido de disposição.

Para que incida o art. 1.132 não é preciso que, tendo havido interposiçãO de pessoa (fraude à lei), já se haja transmitido ao

descendente o bem que se alienava a pessoa interposta. Basta que se dê prova de que se vai dar a transmissão, ou que se transmitiu à pessoa interposta o bem para que ela transmitisse ao descendente *outro* bem.

Em todos êsses casos há fraude à lei, com menor ou maior complicação. Sem razão, a 2~a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de janeiro de 1950 *(1?. F.,* 132, 427>, afastou a aplicaçao do art. 1.132 porque, tendo o ascendente transmitido a interposta pessoa para que essa transmitisse, a segunda transmissão ainda não se havia dado; então, aplicou o art. 102, 1. A confusão entre simulação e fraude à lei ressalta.

Discutiu-Se se o art. 1.132 recai em casos de *gravame de bens,* constituído ou transferido a filho ou outro descendente, se algum dos descendentes não assentiu. Bem assim, nos casos de *daçáo em soluto* e semelhantes-Afirmativamente, CtÓVIS BEVILÂQUA *(Código Civil comentado,* IV, 302). Aí, o de que se trata é de nulidade por *fraus legis,* no que o autor do Projeto estava certo. Nem cabe hoje pensar-Se, a propósito da hipoteca, nos têrnios menos gerais do Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 2.~, *§* 4$", revogado, evidentemente. Nos escritores que não aprofundaram o estudo da *fraude à. lei,* há sempre confusão entre fraude à lei e simulação, o que ressalta a quem examine o que escrevemos nos Tornos 1, §§, 17, e 87, e IV, ~*§* 406, 2, 3, 405, 4, 469, 5.

Errado, em principio e *in caslL,* o acórdão do Tribunal de Justiça do Ceara, a 17 de novembro de 1947 (no *Repertório de Jurisprudência, II,* por FRANCISCO T. DE CARVALHO FILHO, 186-194>.

Descendentes, no art. 1.132, como no art. 1.164, II, do Código Civil, são os menores e os maiores, os legítimos e os ilegítimos, de modo que pode a ação vitoriosa do ilegítimo estabelecer a proponibilidade da ação de nulidade.

r

Ascendentes SãO os Iegítimos e os ilegítimos.

Oque se estatui quanto à compra~e~venda e a troca apanha a dação em soluto (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Com»ieittaria ad Ordinationes,* IV, 295; cp. ANTÓNIO DA GAMA, *Decisiones,* d. 295), Conforme velha e assente jurisprudência (Sentença de Cadaval, 11 de outubro de 1675: ---- - não ser a doação mera liberalidade, mas feita em pagamento por mãe a sua filha, o que se reputa por venda, que os

país não podem fazer sem consentimento dos mais filhos"; cf. MANUEL ÁLVARES PÊGAS, *Resolutiones ForerM~es,* III, 105>, a compra-e-venda misturada com troca, a confissão de divida (AIRES PINHEL, *Ad const. Cod. de bonis maternis,* 1, Pars 3, n. 23; ÁLVARO VALASCO, *Decisionum Consultatioflum,* 1, 197; GABRIEL PEREIRA DE

CASTRO, *Decisiones,* 201 s4 e todos os negócios jurídicos que se possam equiparar à venda. Conforme antes dissemos, a açao não prescreve (Sentença de Cadaval, 11 de outubro de 1675). Não há anulabilidade, mas nulidade. Absurdas, a decisão das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 23 de abril de 1948 *(R. F.,* 119, 501), que fixava em quatro anos o prazo, e a da 2~a Câmara Cível, a 8 de fevereiro de 1944, que invocava o art. 179 do Código Civil.

Também as compras-e-vendas de bens comuns (em que o ascendente é comuneiro>, mesmo se em basta público, ou se é inventariante o ascendente (sem razão, a 53 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 17 de abril de 1946, *R. IQ,* 109, 439, salvo se comuneiros concordantes todos os descendentes).

Os pré-contratos também são atingíveis pelo art. 1.132 (sem razão, a 23 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de setembro de 1945). Ideni, a cessão do direito à herança aberta (43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agôsto de 1947, *R. dos* 7"., 170, 161).

A incidência das regras jurídicas é infalível. Nao se dá o mesmo com a sua realização. A regra jurídica somente se realiza quando, além da colaboração, que resulta da incidência, os fatos ficam efetivamente subordinados a ela.

Se A devia cortar o cano de água até meio-dia e o fêz, A realizou a regra jurídica; se A não no fêz, violou a regra jurídica. A violação da regra jurídica pode ser direta ou indireta. Se alguém vende ao filho sem o assentimento dos outros filhos, viola a regra jurídica do art. 1.132 do Código Civil, para cuja violação a sanção é a nulidade do contrato de compra-e-venda. Pode ser que A não venda ao filho, mas venda a estranho, que doe ao filho ou venda ao filho. É a violação indireta. É a *fraus legis.* Não se trata de simulação, mas de fraude à lei. Não há por onde se procurar o *intuitus;* basta a infração mesma. Não é preciso que o intuito de violar haja existido; a infração da lei verifica-se objetivamente (8. BUETOW, *Lhe ~j0he~ung&i~búrúigflUflgCfl,* 80; W. WETTE, *Mentatreservatiofi, Sinrulatiofl und* agere in fraudem legis, 88; E. l{oEFMANN, *Der Begrif f der Gesetzumgek"ung,* 19 s.; fi.

MAOEN, *A gere in fraudem leqís,* 20 s; C. II. vON ECKARTSBEEG, *Das Verhiiltnis des* agere in fraudem legis *zum simuhiertc)L und fiduziarischefl Rechtsgeschà lÊ,* 24; J. VETSCH, *fie Umgehung des Gesetzes,* 217). Desde que, por algum meio, se obtém o que a lei veda, ou se afasta o que a lei impõe, há *fraus legis.* Havendo a fraude à lei, a sanção, que a lei estabeleceu, apanha qualquer infração direta ou indireta.

8.AsSENTIMENTO nos OUTROS DESCENDENTES. O art. 1.132 do Código Civil veio pôr têrmo à controvérsia de poder ser tácito, ou não, o assentimento dos outros descendentes. (Afirmativamente, MELCEIOR

FEnO, *Dedsiones,* II, 120, aresto 120, n. 6; MANUEL GONÇALVES DA‟ SILVA, *Commeritaria,* IV, 298: "Hic consensus sufficit, quod si tacitus ex post facto interveniat, ... Quia cum in praesenti textu non declaretur, quod consensu sit expressus, sufficit tacitus"; MANUEL DE ALMEmA E *SOUSA,.NOtaS de Uso Prático,* II, 148:

"seja ou autecedentemente ou subsequentemente prestado pelos mais filhos"; TEIxEIRA DE FREITAS, *Conso1ido~çdo das Leis Civis,* nota 84 ao art. 582; negativamente, decisão citada no *Repertório* das *Ordemrções do Reino,* III, 847; COELHO DA ROCHA, *Instituições,* § 805, 628; CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino,* 1, 792). O assentimento há de ser prévio, porque não há ratificação do negócio jurídico nulo; posterior, exige repetição do ato.

A ação que nasce do art. 1.132 é de nulidade, subsidiária da ação de herança. Se foi reconhecida a qualidade de herdeiro, a subsidiariedade é com a ação de partilha, que é imprescritível. Então, cessa a exercibilidade da ação do art. 1.182 se a de partilha já não é exercível, por se ter extinguido o direito aos bens herdados e possuidos por outrem (art. 1.772, § 29).

Discute-se se, para o assentimento, no caso do Código Civil, art. 1.132, precisa o descendente, que é casado, do assentimento do outro cônjuge. A solução que deu a 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 1.0 de junho de 1951 *(A. 1.,* 101, 129), foi no sentido negativo, O assentimento do art. 1.132 é pessoalíssimo. Nada tem com os atos de disposição praticados pelo cônjuge, razão para que não se possa invocar o art. 242, 1, do Código Civil.

A nulidade é de todo o negócio jurídico, e não só no que tocaria ao descendente (í.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de abril de

1950, E. *F.,* 131, 126).

r

Se a compra-e-venda foi por interposta pessoa, o caso e de *fraus legis:* há nulidade, segundo os princípios, sem que se precise pensar em anulabilidade por simulação (Código Civil, art. 102). Cf. acórdão da 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de janeiro de 1950 (E. *F.,* 182, 428). Se houve, também, simulação, mais importa decretar-se a nulidade que a anulação.

A nulidade não é sanável pelo posterior assentimento. Nem pode ser suprida, judicialmente, a falta (sem razão, o Supremo Tribunal Federal, 9 de novembro de 1949, *A. .1.,* 98, 221; í.~ Turma, 30 de maio de 1949, E. *F.,* 126, 450), nem cabe invocação dos arts. 625-628 do Código de Processo Civil.

O acórdão da 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 17 de junho de 1949 *(A. J.,* 98, 188), é insustentável em muitos pontos: não é verdade que se trate de anulabilidade por simulação, mas sim de nulidade, por fôrça dos arts.

1.182, 1.164, II, e 145, V; tão-pouco, bá prescrição da ação (que é de nulidade!). Não há prescrição da ação, quer com base no art. 177, quer no art. 178, § 99, V, lO, como, erradamente, disseram, respectivamente, os acórdãos da 2.~ Turma, a 18 de julho de 1944 *(A. .7.,* 74, 26), a 19 de agôsto de 1947, a 9 de dezembro de 1848 e a 17 de junho de 1949 *(A.* .7., 93, 188), e alguns votos vencidos.

4.AçÃo DE NULIDADE DE VENDA A DESCENDENTE. ~ A ação do Código Civil, art. 1.182, é *subsidiária* da ação de petição de herança. Cessa de ser exercível (não prescreve) com a prescricão dessa. No voto do Ministro CASTRO NUNES *(O D.,* 14, 811), no Supremo Tribunal Federal, a 25 de setembro de 1941, vem referido parecer do Ministro COSTA MANSO, em que se atribui à ação do ad. 1.182 a prescrição de trinta asnos (idem, no acórdão da 23 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de setembro de 1945, *R. dos T.,* 159, 759), dizendo-se que é o mesmo direito de pedir a partilha. Há, ai, dois enganos: primeiro, a ação de pedir partilha, a *actio familiae crciscundae,* não prescreve; segundo, a ação de 1.132, sendo de nulidade, é imprescritível. A ação do art. 1.132, como a de doação inoficiosa (art. 1.176>, ambas imprescritiveis, *é* subsidiária da ação de petição de herança, que, essa, sim, éprescritível em vinte anos (L. 7, C., *de petitione hereditatis,* 3, 31). Se é de ação de partilha que se

trata, porque o possuidor da herança reconhece a qualidade do herdeiro do descendente do que dispôs do bem, há subsidiariedade com a ação de partilha. A posse dos bens da herança obsta, passados vinte anos da morte do decujo à partilha (ad. 1.772, § 2.0: "Não obsta à partilha o estar um ou mais herdeiros na posse de certos bens do espólio" o bem alienado ao descendente pode ser um dêsses

"salvo se da morte do proprietário houverem decorrido vinte anos"). Não há, aí, prescrição. Enquanto subsiste a comunhão, a pretensão particional persiste em tOda a sua eficácia. A ação de partilha cessa porque o direito àherança ou parte da herança possuida pelo que foi co-herdeiro terminou. Trata-se de extinção de direito, e não de prescrição. Por isso mesmo, estando o titular da ação de partilha em com-posse mediata dos bens da herança e posse mediata, ou composse imediata, dos bens da herança, a pretensão *à* partilha não se extingue (ÁLvARo VALASCO, *Praxis Partitionum et Coilationum,* 648: "Actioni familiae erciscundae seu communi dividundo non praescribitur spatio triginta annorum, vel longiori, quominus quis possit provocare ad divisionem, quando plures haeredes, seu soeji per illud tempus stant in possessione rerum").

O descendente tem a ação de nulidade, com base no art. 1.182 do Código Civil (art. 1.164, II), quer após a morte do ascendente que violou a regra jurídica, quer antes. Absurdos os acórdãos da 13 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 9 de abril de 1940 *(A. .1.,* 68, 252), que afirmou só nascer a ação com a morte do disponente, e o do Tribunal de Justiça da Bahia, a 26 de março de 1952 *(1?. dos T.* da Bahia, 45, 899), que o repetiu.

Não é preciso que tenha havido simulação (1.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de dezembro de 1951, *A.*

.L, 102, 267: "No tocante, porém, ao critério da decisão segundo a qual é indiferente, para a aplicação do art.

1.182, o fato de ter sido real ou simulada a venda, é indisfarçável o dissídio jurisprudencial. A *ratiq* do art. 1.182

é, sem dúvida, evitar que, sob a aparência de venda, se dissimulem doações prejudiciais aos outros descendentes; mas de seu texto não se pode aduzir que a anulabilidade da venda esteja condicionada à prova da simulação: a condição *única* e *suficiente* é que a venda tenha sido feita sem o assentimento dos demais descendentes. Não se pode rastrear o *motivo* da lei para subverter o seu texto peremptório e

iniludivel. O legislador, advertido pela lição da experiência, que aconselha a não-permissão da venda de ascendente a descendente, para conjurar simulações lesivas do interêsse dos demais descendentes, resolveu proibi-la aprioristicamente, salvo assentimento dos últimos. Não há indagar se houve, ou não, *simulação:* a venda tem de ser declarada nula, se qualquer dos demais descendentes não conscientes o pleiteia em juízo. Dizer-se que o art. 1.132 encerra apenas uma presunção *juris* de simulação, elidível pela prova em contrário, e, data *venha* dos que opinam diversamente, *construir* inteiramente à margem da letra categórica e incontornável da lei").

A asseveração de que a ação de nulidade, com base no art. 1.182 ou no art. 1.164, II, só se pode propor (ou só r

nasce) após a morte do ascendente, é, pois, errada *(e. g.,* □

5 a Câmara Cível do Tribunal de Apelação (lQ Distrito

Federal, 16 de janeiro de 1942, *A.* .7., 62, 226; 2? Câmara Cível, 26 de janeiro de 1948, *11. F.,* 121, 185; 1?

Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, 6 de abril de 1948, 119, 511).

As Câmaras Cíveis Reúnidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 8 de dezembro de 1944, argumentaram e decidiram: "Manifesta é a discordância entre o acórdão cassado da Segunda Câmara Cível e o divergente, da Terceira Câmara Cível, ao darem ambos interpretação ao art. 1.182 do Código Civil, no tocante ao momento em que nasce e ao em que é exercitável a ação nêle fundada, tendente a declarar a insubsistência da venda realizada pelo ascendente ao descendente sem o consentimento dos demais descendentes. Enquanto, para o acórdão divergente, o direito de ação surge com a violação da norma do art. 1.132 citado, ou seja com a execução do ato por êle proibido, e pode desde logo ser exercitada, ainda quando a venda tenha sido feita através de interposta pessoa, para o acórdão recorrido, a validade desse venda só depois da morte do vendedor poderá ser discutida em juízo por seus sucessores, pois da abertura sucessão é que decorre o direito dos herdeiros virem demandar a nulidade do ato. Até então, afirma o acórdão, não têm os descendentes qualquer interêsse econômico ou moral que possa legitimar o pedido de anulação da venda, nem são titulares de direito algum que a justifique.

Diante dessa divergência, impõe-se o recurso de revista, usado como

meio legal de fixar, na espécie, a interpretação a ser observada. Essa interpretação já havia sido assentada por êste Tribunal através de reiteradas decisões no sentido de que a ação nasce com a violação do direito do descendente de recusar o seu consentimento à venda, tenha sido esta feita, diretamente, ou por interposta pessoa. Dissentiu dessa orientação- apenas o acórdão da antiga 13 Câmara Çível, proferido na apelação cível n. 28 em abril de 1986, que, todavia, lealmente reconhece que se aparta da diretriz dominante. Enfim, não se baseia a ação no direito eventual a legítimas futuras, mas no direito atual dos descendentes a intervir em tais vendas, não estando, portanto, na dependência da abertura da sucessão, pela morte do ascendente vendedor, para que se htegre nos descendentes o direito de propô-la. tsse direito surge íntegro e atual, com a violação do direito por ela tutelado". Também a 83 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 80 de abril de 1958.

Igualmente é de repelir-se que se possa pedir *suprimento do assentimento (23* Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais,. 13 de dezembro de 1948, *M. F.,* III, 14. Certo, a l.a Câmara Cível, a 29 de outubro de 1949).

Não se confunda suprimento de assentimento com função do titular do pátrio poder, tutela ou curatela que haja de representar ou assistir o incapaz. Se o descendente que tem de assentir na venda é incapaz, dá-se representação ou assistência. C que se veda é que, tendo-se o descendente negado a assentir, lhe supra o juiz o assentimento.

Nem o marido nem a mulher têm qualquer função de assistência no tocante ao ato da mulher ou do marido que quer assentir ou dissentir do negócio jurídico do ascendente.

Sôbre casos de *fraus legis,* a propósito do art. 1.132,. a 23 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 14 de agôsto de 1946 (.7., 28, 341 s.). Caso típico é o da hipoteca (Câmaras Civeis ReQnidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28 de julho de 1944, *R. dos 7*"., 160, 793; sem razão, a 63 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de setembro de 1951, *R. dos 2*"., 196, 119), ou o do penhor. Cf. Código Civil, art. 756, que é *sedes materine.*

A afirmação de que se não houve simulação não há nulidade é fora de tôda razão, e é sem base o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de agôsto de 1951. Outrossim, a de que é preciso que tenha havido prejuízo *(e. g.,* a 13 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 26 de julho de 1946, *R. dos 2*"., 145, 240>.

5.PARENTESCO NA LINHA RETA DESCENDENTE. O parentesto é o legítimo ou o ilegítimo, ou o parentesco por adoção, haja, ou não, pátrio poder, tutela, ou curatela, sem importarem a idade do disponente e a do adquirente. A nulidade somente concerne à alienação ao descentente. O Código Civil não fala de venda ao ascendente.

6. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. (a > Discute-se se o ascejidente pode ir a juiz pedir a decretação da nulidade do ato de disposição ao descendente. MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* iv, 301), partindo da regra geral *Nemo factum proprium impugnare potest taflqUhlLm vitiosum,* argutamente advertiu que essa regra não apanha as nulidades, pois que resultam *ipso iure,* mas distinguiu a nulidade no interêsse do que dispôs, a nulidade de interêsse público e a de interêsse de outrem, excluindo a alegabilidade pelo disponente na terceira espécie e, pois, em se tratando de negócio jurídico a que se refere o art. 1.132. Seguiu, assim, o caminho que GABRIEL PEREIRA DE CASTRO *(Decisiones,* 202) traçrra. MANUEL BARBOSA *(1? emissiones,* às EOrd., Livro IV, Título 12, n. 3) sustentou a alegabilidade peío próprio disponente. Ora, a regra r

de poder argúir ou pedir a decretação da nulidade aquêle mesmo que deu ensejo a ela, está em ALVARO

VALASCO *(Decisionum Con,sultaiionum ao rerum iudicatarum,* 1, 148) e a argumentação de MANUEL

GONÇALVES DA SILvA e GABRIEL PEREIRA DE CASTRO afastava-se dos princípios.

(b) Outra questão é a de poder ser arguida, em vida do ascendente, pelo descendente ou pelos descendentes não-

-figurantes- Entendia GABRIEL PEREIRA DE CASTRO *(Deci.siones,* 202) que, não podendo o filho argUir torpeza do pai, não pode pedir a decretação da nulidade, mas pode pedir que se declare não-o prejudicar, de futuro, tal alienação (202: ..... filius solum admitti potest, ut per officium iudicis in vita patris. declaretur, ne sibi praeiudicent tales alienationes, nec nocere possit agenti longaeva possessio"). Portanto, caberia o protesto (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Notas de Uso prático,* II, 148).

Em verdade, a ação de nulidade pode ser exercida em vida; e

mostramo-lo no Tomo VI, § 711, 5.

-O argumento de MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentarja,* IV, 300) de ter dito o texto reinícola (Livro IV, Título 12) "será nenhuma e de nenhum efeito", em vez de "seja nenhuma, e de nenhum vigor" as vendas de ascendente a descendente, era de repelir-se àquele tempo, pela usualidade do mQdo de falar dos reis; e nenhuma pertinência tem hoje:

o art. 1.182 diz que "os ascendentes não podem vender", pondo no plano da validade a regra jurídica, sem se referir ao da eficácia. A ação é de direito, das obrigações; não de direito das sucessões: nasce com o contrato (sem razão, a 33 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 14 de fevereiro de 1945, *1?. dos T,* 155, 613).

7.ATO DE DISPOSIÇÃO PELO DESCENDENTE AO ASCENDENTE.

O art. 1.132 não permite que, por analogia, se entenda nula,por incidência dêle, a venda que o descendente faça ao ascendente. MANUEL GONÇALVES DA SILVA" *(Commentaria,* IV, 294) pretendeu chegar até aí, mas rebateu-o MANUEL DE ALMEIDA SOUSA *(Notas de Uso prático,* II, 148).

8. EFICÁCIA SENTENCIAL. Imprescritível, como é a ação de nulidade fundada no Código Civil, art. 1132, a eficácia da sentença é *ergo. omites;* aproveita, portanto, aos outros herdeiros e interessados (23 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de setembro de 1946, 1?. *dos T.,* 159, 759).

Parte II. Espécies de compra-e-venda

CAPITULO 1

COMPRAS-E-VENDAS CIVIS, COMERCIAIS E DE DIREITO PÚBLICO

§ 4.277. Compras-e-vendas civis e compras-e-vendas de direito público
1. Conceito. São compras-e-vendas civis tôdas as compras-e-vendas de

direito privado que não são comerciais.

Têm-se, pois, de conceituar as compras-e-vendas, e considerá-las, se de direito privado, civis ou mercantis.

2.COMPRAS-E-VENDAS DE DIREITO PUBLICO. Além das compras-e-vendas de direito civil e das compras-e-vendas de direito privado, há as compras-e-vendas de direito público, regidas, em princípio, por *leges speoiales.*

Cumpre ter-se em vista que as compras feitas pelo Estado pelas entidades estatais e pelas entidades para-estatais raramente são de direito público. Regras de direito público são ap~nas, na maioria dos casos, as que se referem à legitimação ativa da entidade estatal ou paraestatal.

Por vêzes, regidas pelo direito privado, □ há regras de direito público que têm de ser atendidas quanto à forma e até mesmo quanto ao conteúdo, sem que com isso se façam de direito público os negócios jurídicos de compra-e-venda.

3.CoMPRAS-E-VENDAS ADMINISTRATIVAS. Se a compra- -e-venda se regeu, por ser vendedor entidade estatal, pelo „direito público, só se há de invocar o Código Civil, ou, excepcionalmente, o Código Comercial, se r

omissa a lei.

4.COMPRAS-E-VENDAS MERCANTIS. Lê-se no Código Comercial, art. 191, *23* alínea: "É unicamente considerada mercantil a compra-e-venda de efeitos móveis ou semoventes para os revender por grosso, ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel-moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante". Portanto, é preciso que um dos contraentes, pelo menos, seja comerciante e que se trate de negócio jurídico de comércio, isto é, que pertença ao exercício da sua profissão e seja mercadoria ou título o objeto. Ao art. 191, 23 alínea, do Código Comercial há de apontar-se a velharia da alusão a bens móveis e semoventes. Hoje, há o comércio de bens imóveis, desde o de frações de terreno, em que se constroem edifícios de apartamentos, e o de loteamento até o comércio de grandes áreas.

Também a compra-e-venda de bens pertencentes a terceiros pode ser mercantil. Se o terceiro de modo nenhum quer alienar o bem, não há impossibilidade objetiva, que pudesse fazer nulo o negócio jurídico. Também pode ser mercantil a *emptio rei speratae* ou compra de coisa futura; e a sua freqtiência é maior do que comumente se pensa (venda de colheita ao1 tempo da safra, venda de produtos ainda não fabricados, venda dos bezerros ainda não concebidos ou já concebidos) -Se *à* colheita não se procede, porque foi destruída pela chuva, ou por outra causa, ou se não nasceram os animais que se esperavam, o contrato é atingido em sua eficácia (êrro é dizer-se que é nulo), O comprador n~o está adstrito a pagar, porque o vendedor não pode prestar. Se, em vez disso, a colheita é melhor, ou saem de mais valor do que se cria os animais, há vantagem para o comprador, sem que isso eleve o preço.

Pode o comprador vincular-se a pagar o preço ainda que o bem esperado não chegue a existir ou a nascer. Ai, o comprador compra a *spes.*

Os bens móveis estão mais destinados ao intercâmbio, à circulação, que os bens imóveis. Mas há bens móveis que não circulam, como os cartões de visita que alguém encomenda:

ninguém vende, de ordinário, cartões de visita feitos. Os bens imóveis, êsses, que, nos séculos passados não eram *objeto de comércio,* hoje podem ser mercadorias, como quaisquer outros bens. As próprias cláusulas de entrega passaram a ser quase as mesmas dos contratos de compra-e-venda de bens móveis.

Dissemos que ninguém vende cartões de visita de alguém já feitos. Isso não significa que a casa gravadora que alguma vez forneceu cartões a alguém não resolva fazê-los em grande escala, para oportuna venda a quem os encomendou, ou a alguma casa que passe a ser o fornecedor.

No Alvará de 4 de setembro de 1810 dizia-se que o contrato de compra-e-venda é “o mais geral e necessário para a prosperidade do comércio, por lhe servir pela maior parte de base e fundamento”.

No direito comercial brasileiro, houve a influência do direito peninsular (espanhol e português). Foi o Código Civil espanhol, inspirado no *Fuerc~Juzgo,* no *Consulado dei Mar* e nas *Ordenanzas de RiTMo,* o alicerce do direito comercial contemporâneo.

Apesar da repercussão do Código Civil francês, o Código Comercial brasileiro, como, depois, o Código Civil brasileiro forraram-se à

confusão conceptual entre contrato de compra-e--venda e acôrdo de transmissão.

Onde é omisso o Código Comercial, rege o que se estatui no Código Civil, embora posterior, pois os subsídios da legislação civil ao tempo da promulgação do Código Comercial foram substituidos pelo Código Civil.

Após o Código Civil vêm os *usos comerciais.* No tocante aos arts. 199, 201 e 207, inciso 2, do Código Comercial, os usos comerciais passam à frente do Código Civil. Na falta de todos êsses elementos subsidiários e de cláusulas contratuais, há a doutrina que se expôs e a jurisprudência.

No Código Comercial não há definição do contrato de compra-e-venda. Tem-na o Código Civil, no art. 1.122.

No Código Comercial, art. 191, 23 alínea, apontam-se os pressupostos da mercantilidade da compra~e.venda. O

advérbio “unicamente”, que lá aparece, é sem relevância. A interpretação do art. 191, 23 alinea, tem de afastá-lo.

Por outro lado, nem só móveis são, hoje, objeto de comercio, nem o comprador há de ser, em todos os casos, comerciante; e há compras-e-vendas por fôrça de lei, como a de apólices da dívida pública e papéis de crédito do govêrno,de ações de sociedade e de debêntures, de títulos ao portador cambiários ou cambiariformes.

Se a compra-e-venda foi entre comerciantes, comercial foi. Se entre vendedor, comerciante, e comprador, não-comerciante, também é comercial. Idem, se comerciante compra a não--comerciante para revender.

regidos pelo direito privado, são de direito civil. Trata-se a entidade estatal como se trataria qualquer pessoa. Ás vêzes, a entidade estatal comercia; então, o direito comercial incide como incidiria a respeito de qualquer pessoa.

r

5. RELEVÂNCIA DA COMPRA-E-vENDA COMERCIAL. A compra-e-venda é a op~ração comercial mais freqúente. O seu objeto são quase todos os bens patrimoniais.

A comercialidade da compra-e-venda liga-se ao fato de ser compra para vender, ou revenda de mercadoria que foi comprada para isso, ou simplesmente a venda do que foi. fabricado, ou transformado.

A profissão dos contraentes, ou, pelo menos, do vendedor estabelece presunção de se tratar de compra-e-venda comercial:

Donde caber ao comerciante, em tal situação, o ônus de alegar e de provar que o negócio jurídico foi ou é civil, como se o comerciante de cavalos compra um para seu uso pessoal, ou o comerciante de quadros ou objetos de arte compra um para a sua coleção.

Em todo o caso, a venda posterior do que foi civilmente comprado pode ser comercial, ou civil, razão por que o lapso sem intenção de vender exerce grande papel na classificação. Nos exemplos acima, se a comercialidade pode surgir com a inserção do cavalo no resêrvo de vendas comerciais, ou do quadro no estabelecimento comercial do colecionador.

Quando os figurantes do contrato de compra-e-venda não são comerciantes, o que se há de presumir é que tenha sido ou seja civil a compra-e-venda.

§ 4.278. Entidades estatais e compra-e-venda

1.DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIvADO. As compras-e-vendas em que é figurante entidade estatal não são necessáriamente de direito público. Podem ser de direito privado, mesmo quando se trata de interêsse público ou de finalidade de direito público.

§ 4.279. Conceitos e finalidades

1.CONCEITO. Quem vende por amostra, ou dando a provar, ou exibindo o modêlo, é de presumir-se que garante as qualidades da amostra, bocado, ou modêlo. Tal venda por amostra ou prova não se confunde com a *venda a contento,* em que se deixa ao comprador provar depois. Diferente das duas é a compra para provar, pois, nessa, o comprador é que tem o seu motivo e a compra-e-venda é incondicionada. A venda por amostra, ou por prova *(e.*

g., degustação), ou modêlo, é, de ordinário, incondicionada; mas o vendedor precisou, antes, o que apontava como qualidade do que

estava vendendo e vendeu. Isso não quer dizer que, a despeito da anterioridade do exame, não se possa conceber o contrato como condicionado a ulterior e melhor verificação (O. WARNEYER, *Kom~ntar,* 1, 826). A venda *por tipo* pode caber em qualquer das espécies, mas, de regra, s~ se garante que o objeto vendido entre no tipo e o contrato é incondicionado. As vendas em exposição, ou mostruários, nem sempre são vendas por amostra, ou por prova, ou por modêlo (E. GAREIS, *fslandelsgesetzbuch,* 5~a ed., 706, nota 26). A declaração de garantir as qualidades ou as circunstâncias podem apresentá-las como vendas por amostra, ou, até, a contento. A questão da remessa de objeto diferente é estranha ao assunto dos arts. 1.144-1.148 do Código Civil.

A compra-e-venda à vista de amostras não se confunde com a compra-e-venda em que o vendedor dá ao comprador parte da mercadoria para que possa apreciar a qualidade. Aí, há espécime, e não amostra.

Se os objetos forem remetidos em diferentes oportunidades, a desconformidade de uma das prestações com a amostra é sem influência quanto às outras anteriores ou posteriores, salvo se é de exigir-se, pelo negócio, a unicidade da coleção.

O comprador, em caso de desconformidade, pode exigir a resolução do contrato de compra-e-venda, ou a diminuição do preço. Aliás, se a diferença é pequena, pode o juiz negar a resolução e decretar a diminuição do preço.

Se a amostra não bastava para que se vissem os vícios do objeto, pode ocorrer que algum vício se repute vício oculto.

2.EFICÁCIA DA COMPRA-E-VENDA POR AMOSTRA" OU PROVA.

A compra-e-venda por prova, ou por amostra, ou por modêlo, cria ao vendedor o dever e a obrigação de remeter o que foi examinado. Se não se presta conforme a amostra, ou modêlo, ou o igual do que se provou, e se trata de bem genérico, cabe ao comprador exigir a redibição ou o abatimento no preço (Código Civil, arts. 1.101-1.106), ou a prestação do que seria igual à amostra, modêlo, ou bocado, que se examinou. Se o bem é específico, somente r

cabe a redibiçao, ou o abatimento no preço. Se a diferença é mínima, não há interêsse e, pois, não surge a pretensão redibitória ou a *quanti minoris.*

§ 4.280. Espécies de compra-e-venda por amostra

1.BEM GENÉRICO. Se o bem é genérico, o comprador tem de provar que houve o contrato por amostra, modêlo, ou por prova, salvo se veio a juízo, ou amigàvelmente, o vendedor, para cobrar o preço (ER.

LEoNHÂFtD, *fie Beweislast,* 894; E. WICHMANN, *fie Reweislast bcim Kauf nach Probe,* 202; sem razão, P.

OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhàltnisse,* 480; II. DERNBURG, *Das Rilrgerliche Recht,* II, *2, 3fl* ed., 105, e *L.* ROSENEERG, Zur Lebre vom sog. qualifizierten Gestãndnisse, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 94, 134, que não vêem ônus do vendedor). Se o bem é específico, só o compradur tem o ônus da prova: o objeto é um só, individualmente determinado.

2. AMOSTRA QUE FICOU COM O COMPRADOR. Se a amostra ficou com o comprador, é fácil provar-se a diferença; bem que o vendedor possa afirmar e provar que não foi aquilo o objeto que lhe deixou (C. CROME, *Sy8tem,* II, 484; FR. LEONHARD, *fie Beweislast,* 394; L. ROSENBERG, *Die Beweislast, 97;* contra, sem razão, F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* 1, g□a~9~a ed., 1010, nota 4; P. iJERTMANN, *Das Recht der Schuldverltàltnisse,* 481). Se a amostra não foi deixada ao comprador, tem o vendedor de exibi-la.

Se o comprador diz que o objeto não se ajusta ao que se lhe mostrou, ou se deu a provar, para haver a resolução do contrato, ou a redibição, o ônus da prova é seu. Se apenas pede coisa isenta de vícios ou com a mesma qualidade (coisa que ainda não foi prestada), ou exerce a *exceptio non adimpleti contractus,* o ônus de prova toca ao vendedor (L. ENNECCERUS, *Lehrbuclt,* ~ 3lY~-35A~ ed., 891). Se o comprador aceitou a prestação, cabe-lhe o ônus da prova. Se um dos figurantes estava obrigado a guardar a amostra e não na exibe, porque desapareceu por culpa sua, o ônus da prova inverte-se, pelo princípio que se extrai da L. 39, li, *de diversis regulis juris antiqui,* 50, 17 (cf. AGOsTINHo DO BEM FERREIRA, *Comentário ao TU. Di.qestis de regnus inris,* 46 s.).

Se o interessado não pode provar a falta de identidade, tem de suportar a alegação de ser idêntica.

§ 4.281. Garantias quanto ao bem vendido

1.QUALIDADES AFIRMADAS. Lê-se no Código Civil, art. 1.135: “Se a > venda se realizar à vista de amostras, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa vendida as qualidades por elas apresentadas” Compra-e-venda à vista de amostras é, de ordinário, compra-e-venda de bem genérico, em que o comprador entende que a amostra corresponde exatamente ao gênero de que precisa, ou que deseja comprar. A sua convicção *é comunicação de conhecimento* (enunciado de fato), inserta na sua manifestação de vontade, como oferente, ou como aceitante. O

vendedor, ao exprimir a sua vontade, como aceitante, ou como oferente, afirma (enunciado de fate) ao comprador que o todo do bem vendido é da mesma qualidade (inclusive extensão) que a amostra. As qualidades da amostra hão de achar-se no bem que se compra.

Se o bem entregue não tem alguma qualidade ou algumas qualidades da amostra, nascem ao comprador as pretensoes resultantes de garantia, que lhe assista, bem assim a pretensão e a ação por inadimplemeito. O Código Comercial é explícito, no tocante à recusabilidade da prestação, se o bem comprado não corresponde à amostra.

A compra-e-venda à vista de amostra é compra-e-venda pura e simples. Não há pensar-se em condicionalidade. O

que se comprou foi o que se disse, empregando-se a amostra como expressão. Nenhuma condição se insere no negócio jurídico, salvo se explícita ou implicitamente se inexou.

A compra-e-venda conclui-se logo que se acordou no objeto e no preço e nas outras cláusulas negociais. Se o vendedor deixa de entregar o que foi vendido, mesmo se ainda o ia fabricar, responde pelo inadimplementO: não há condição.

Diz o Código Comercial, art. 201: “Sendo a venda feita *à* vista de amostras, ou designando-Se no contrato qualidade de mercadoria conhecida nos usos do comércio, não é lícito ao comprador recusar o recebimento, se os gêneros corresponderem perfeitamente às amostras ou à qualidade designada; oferecendo-se dúvida, será decidida por arbitradores”.

O exame, nos casos do art. 201 do Código Comercial (cf. Código Civil, art. 1.185), não é tediatamente após o recebimento, se as circunstâncias afastam a possibilidade ou mesmo a conveniência de ser imediato o exame. Não se deu prazo (Supremo Tribunal Federal,

13 de agôsto de 1924, *R. de D., 76,* 265). O que se há de entender é que se tem de examinar o bem logo que razoávelmente se possa. As frutas que chegam encaixotadas não se examinam no pôrto, ou na estação de estrada de ferro. Se o vicio era oculto, e não se r

tratava de compra-e-venda de bem que havia de ter qualidade conhecida nos usos do comércio, o problema é diferente, porque o vicio, então, seria redibitório. Dos arbitradores a que se refere o art. 201 do Código Comercial só se há de cogitar se o comprador e o vendedor discrepam quanto ~a ser discordante da amostra ou da qualidade o bem que se comprou (cf. Supremo Tribunal Federal, 5 de maio de 1950).

2. FUNÇÃO DA COMPRA~E-VENDA A amostra é meio pata se determinar o bem. É a determinação *per rejationem.* Não se fale de preconstituição da prova da qualidade, confusão de GINO GORLA; nem de modo de manifestação da vontade, como queria F. CARNELUTTI. A amostra *entra* na manifestação de vontade, como elemento fáctico de determinação do bem. O contrato de compra-e-venda à vista de amostras conclui-se e fica perfeito no senso técnico desde que há r garantia oferece a *compra-e-venda à* vista de amostras se se exige outro exemplar da amostra, para se guardar, ou, até, o carimbo ou as indicações do vendedor. Às vêzes, a amostra é pedaço de pano ou outro objeto à venda. Na *compra~e-Venda de massa,* a amostra é um dos objetos retirados da massa, sem que por isso se torne, em todos os casos, venda de gênero: de regra, há compra-e-venda de bens específicos *(e. g.,* as dez caixas de vinho marca M, que estavam na adega).

O vendedor deve prestar o bem, ou os bens vendidos, e o comprador deve recebê-lo, ou recebê-los.

Salvo cláusula em contrário, a propriedade do bem e, com

ela, os riscos do bem passam ao comprador no momento da individuação do bem, ou dos bens, porque se entende que houve entrega (tradição). O preço é pago, salvo cláusula em contrário, no momento que se estabelece, em geral, para as compras-e-vendas, e não depende da verificação da conformidade do bem ou dos bens com a amostra.

(O momento da individuação do bem pode não coincidir com o momento da tradição: o comprador, ou, à vista do comprador, o vendedor individuo" o bem, cuja genericidade, por isso, se extinguiu,

porém a posse do bem individuado ainda não foi transferida, como se ho contrato de compra-e-venda bá a cláusula de entrega no domicilido do comprador ou de outrem, ou se isso é de uso , ou se se inseriu a cláusula *cif*. De qualquer modo, há os problemas quanto à tradição e à transmissão dos riscos e dêstes já tratamos e temos de tratar nos lugares próprios.)

Se os figurantes querem, pode ser assente, em cláusula explícita, ou implícita, ou, excepcionalmente, tácita, que a compra-e-venda à vista de amostras só seja plenitude quando o comprador verifique a conformidade do objeto vendido com a amostra; mas, aí, concebeu-se a compra-e-venda como negócio jurídico condicional, o que muda, de muito, a figura jurídica. Não se confunda tal compra-e-venda condicional com a compra-e-venda a contento, porque essa não exige o confronto do objeto com outro objeto.

Todavia, podem os figurantes ter-se servido da amostra para concluir negócio jurídico de compra-e-venda a contento, embora hajam empregado o têrmo "amostra". O que importa é que, se a amostra foi referida, primeiro se pense em ter havido compra-e-venda à vista de amostras.

Se a compra-e-venda à vista de amostras é de bens genéricos, pela amostra é que se determina o gênero que se quer. Por vêzes, determina-se, até, o subgênero; outras vêzes, até certa qualidade.

Tratando-se de compra-e-venda de bem futuro, talvez só se tenha do gênero o exemplar da amostra, pôsto que possam existir muitos exemplares e o comprador exigir que sejam feitos depois (mais novos exemplares do *gentis. limitatum)*.

A amostra pode ser de bem específico, e não têm razão os que afastam a! a compra-e-venda à vista de amostras.

§ 4.282. Amostras e objeto da compra-e-venda à vista de amostras 1. AMOSTRA E ENTREGA DO OBJETO. Se a compra-e -venda tida é à vista de amostras, ou o objeto que se vai vender já está feito, ou ainda se tem de fazer. Assim, nem sempre a amostra é unidade de alguma coleção, que já existe. Pode ser que só se haja fabricado uma peça. A amostra é elemento da invitação à oferta, ou da própria oferta. Quem oferece, conforme a amostra, explicitamente diz: compro (ou vendo > o objeto que tem as qualidades da amostra. A amostra enche o enunciado com as qualidades que ela mostra. O comprador pode, com a sua perícia e especialidade, analisar a amostra, e preferi-la; ou

repudiá-la pelo que ela mesma não mostra.

A amostra não se refere só a bens genéricos. Há e sempre pode haver amostra de bem determinado, de coisa certa.

Tanto pode ser de bem vendido a pêso, à medida, ou à conta, como de bem que se prova, que se degusta, que se experimenta ou ensaia.

Nem sempre é o vendedor quem manipula ou fabrica o bem que vende à vista de amostra.

Se o comprador leva ao vendedor o *modêlo, plano* ou *projeto,* não, há, prôpriamente, compra-e-venda à vista de r

amostra (sem razão, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de dezembro de 1920, *R. dos T.,* 37,.308 s.; J. X.

CARVALEO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* VI, 132; cp. Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de abril de 1920). A compra-e-venda ã vista de amostra é compra-e-venda em que o vendedor mostra , embora possa ocorrer que o comprador, que já tem alguma amostra do vendedor (ou do que o vendedor vende), possa exibi-la e comprar à vista da amostra que (ocorreu) foi levada por êle. Alguns compradores costumam ficar com as amostras para fâcilmente concluir futuras compras-e-vendas.

2. SORTE DE AMOSTRA. Para que a conformidade se possa verificar, aos figurantes é dado inserir cláusulas sôbre sua conservação e imutabilidade. Se nenhuma cláusula foi inserta, regem os usos e costumes. *A priori,* pode-se dizer que as amostras hão de ter qualidades individuais que bastem á sua função. Amostras dúbias, ou ambíguas, ou equivocas, falhariam ao propósito de conformidade.

A amostra quase sempre é apresentada pelo vendedor e agrada, ou não, ao comprador. Porém há amostras levadas pelo comprador e, às vêzes, por terceiro, de modo que o vendedor e o comprador as admitem.

Se houve intermediário profissional, tem êle de guardar a amostra e servir à conferência.

A prática de fazer a amostra após a conclusão do contrato não se liga à compra-e-venda à vista de amostras.

Melhor se pode dizer que a compra-e-venda se concluiu e há exemplar

-modêlo suscetível de crítica. Se, com isso, se interpreta o que quis o comprador, ou o que queriam os figurantes, de modo nenhum essa posterior conferência altera o contrato de compra-e-venda que fôra concluído.

Se foi alterada, ou destruída, culposa ou fortuitamente, a amostra, de jeito nenhum se há de falar em modificação do contrato de compra-e-venda. Apenas se tornou menos fácil *a* prova do que em verdade se quis. O ônus da prova cabe ao figurante que afirma não estar intacta, ou à pessoa a quem se comunicou ter desaparecido e afirmou quanto ao conteúdo da vontade. O figurante em cujas mãos estava e de que desapareceu, tem o ônus de alegar e provar o desaparecimento. Quanto à amostra, cada um tem de manifestar-se sôbre ela, tal como era, e provar o que cada um afirmou.

Quem exibe a amostra.está exposto às afirmações e provas contra a identidade, ou à incolumidade.

O comprador tem de afirmar e provar a não-identidade da qualidade > a diferença de gênero ou de subgênero.

Quem ficou com a amostra tem o dever de exibição em juízo. Os arts. 216 e 222 do Código de Processo Civil são invocáveis; portanto, também os arts. 217-221.

A perda ou perecimento da amostra não atinge o contrato de compra-e-venda, pôsto que se torne menos fácil a prova do que foi acordado. Dá-se o mesmo em caso de deterioração.

Se a reconstrução da amostra não é possível, não há aí impossibilidade da prestação.

Se o bem que se prestou não corresponde à amostra, há inadimplemento pelo vendedor e, pois, a ação condenatória ou a de resolução do contrato. Se a diferença é escusável, decide o juiz, porque a questão é de fato.

Na compra-e-venda sôbre tipo de amostra, há maior rigor na conferência.

§ 4.288. Correspondência entre a amostra e o objeto vendido

1.CORRESPONDÊNCIA TOTAL E CORRESPONDÊNCIA PARCIAL.

A amostra é elemento da manifestação de vontada do comprador, quer êle tenha sido o oferente quer seja o aceitante. Como elemento da manifestação de vontade, depende do espaço que lhe deixou, em si mesma, essa vontade. A correspondência pode ser total, e há presunção de que se haja querido, como a amostra tal qual, o objeto da compra-e-venda. Pode ser com qualidades a mais, o que escapa ao conceito de amostta mas se]nsere na manifestação de vontade, ou com qualidades a menos. Ali, há a correspondência total *mais* algo, qUe se exige.

Aqui, a correspondência é parcial~ A correspondência parcial pode ser por pré-eliminação de qualidades, ou por substituição *(e. g.,* em vez de azul, prêto; em vez de com cinco centímetros, com cinco centímetros e meio).

2.DEVERES DO VENDEDOR. O vendedor tem de entregar o que vendeu conforme amostras. O objeto há de corresponder ao que foi acordado, como correspondência entre o objeto e a amostra. Se está como a amostra pré-indicava, segundo a correspondência estabelecida (total, ou parcial, com plus ou sem plus), o comprador não o pode recusar, pôsto que o assunto nada tenha com os vícios redibitórios, que depois podem ser descobertos.

De ordinário, o tempo e o lugar em que se há de conferir o objeto são aquêles em que teria de ocorrer a entrega.

No mesmo momento e lugar é que se há de pagar o preço, salvo se houve outra cláusula, como a de antecipação, a de prestação a prazo, ou a de adimplemento pelo comprador noutro lugar.

Se há divergência entre os interessados, quanto à correspondência estipulada, o contrato tem de ser interpretado.

r

Oferecendo-se dúvidas, decidem arbitradores, diz o art. 201 do Código Comercial. No direito civil, não há essa exigência da intromissão dos arbitradores. Qualquer exame pode ser feito em medida cautelar, ou já durante o processo da ação que o comprador propôs, ou que foi proposta pelo vendedor.

Se o vendedor entrega objeto que é inferior, ou superior, em preço, à amostra, ou a ela não corresponda, pode o comprador recusar-se a recebê-lo. Desde que o objeto não corresponde à amostra, ou ao que era implícito na amostra *menos* o que se pré-exclui, ou *„mais* o que se

exigiu, não há dever de receber. O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de julho de 1921 *(R. dos T.,* 39, 39), teve ensejo de examinar caso de não -Correspondência com a amostra e com o plus, e decidiu:

"A mercadoria que o autor (vendedor) pôs à disposição do réu (comprador) não tinha a qualidade convencionada, pois o nOvo era misturado com velho e continha, até, percentagem de feijão bichado e brotado.

Pouco importa que, no ato da Compra-e-venda, se tivesse exibido amostra da mercadoria, uma vez que o negócio não se~baseou exclusivamente na amostra e se determinou a qualidade. O comprador tinha, por isso, justa causa para recusar a mercadoria comprada, nos têrmos

do art. 204 do Código Comercial, uma vez que ela não estava nas condições prêviamente estipuladas".

3. COMPRA-E-VENDA CONFORME TIPO. O *tipo* é menos do que a amostra. O que importa, na compra-e-venda conforme tipo, é caber no tipo o que se comprou. Há margem para as diferenças entre as mercadorias. No art. 201 do Código Comercial fala-se de compra-e-venda "designando-se no contrato qualidade de mercadoria conhecida nos usos do comércio", e ai evidentemente se alude à compra-e-venda conforme tipo (sem razão, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* VI, 135). "Sendo a venda feita

..., designando-se no contrato qualidade de mercadoria conhecida nos usos do comércio, não é licito ao comprador recusar o recebimento, se os gêneros cocespondem perfeitamente ... à qualidade designada" (art. 201).

Entenda-se: se os gêneros correspondem perfeitamente à qualidade ou às qualidades que fazem o tipo.

4. "MAIS OU MENOS COMO A AMOSTRA". A *cláusula à vista da amostra, mais ou menos,* deixa margem a se ter por adimplida a dívida se o objeto é razoàvelmente aproximado da amostra. Mais se exigiu o *padrão* ou o *tipo* do que a correspondência.

Aqui, quase sempre os arbitradores hão de ser técnicos (Supremo

Tribunal Federal, 13 de agôsto de 1924, *1?. do 8.* 7‟. E., 81, 129; *R. dos* 7‟., 76, 263 s., a propósito de *arroz sanga, arroz quirela* e *arroz agulha especial beneficiado).*

5.INADIMPLEMENTO PELO VENDEDOR. Se o vendedor nada entrega, ou entrega objeto que não corresponde ao que se comprou, o comprador pode recusar-se a recebê-lo. As ações são a *ação de resolução do contrato,* a *ação de cobrança* ou *de indenização por inadimplemento,* □ ou *por adimplemento ruim,* conforme os princípios já expostos na Parte Geral.

O vendedor tem de mostrar as amostras tais como foram apresentadas. Igual dever tem o comprador, se com elas ficou. Podem acordar em que se deposite, ou em que se tome qualquer cautela contra alterações *(e.* g., fotografia).

O expediente da entrega de exemplar ao comprador, com carimbo ou outro sinal, ou da entrega feita a vendedor, com o carimbo ou sinal apôsto pelo comprador, é assaz usado.

As amostras de valor pertencem a quem as apresentou.

6. COMPRA-E-VENDA POR MARCA. Se o comprador exige que o bem seja de determinada marca de indústria ou de comércio, quer se relacione com a origem ou com a qualidade, o vendedor não pode prestar objeto com outra marca, ainda que seja igual ao que teria a marca. O comprador pode recusar-se sempre que a marca não seja a mesma, ou seja diferente.

COMPRA-E-VENDA A CONTENTO

§ 4.284. Conceito e natureza da compra-e-venda a contento

r

1. CONCEITO E FINALIDADE. A compra-e-venda a contento é o contrato de compra-e-venda que depende de condição suspensiva, ou de condição resolutiva, ali de aprovação e aqui de desaprovação, em *comunicação.o de vontade,* conteúdo do ato-fato da condição. A

condição é ato-fato, cujo conteúdo é essa comunicação de vontade, ato jurídico *stricto seneu,* razão por que há de satisfazer as exigências dessa classe de atos jurídicos. Que se trata de condição, suspensiva ou resolutiva, di-lo o Código Civil, art. 1.144: "A venda a contento reputar-se-á feita sob condição suspensiva, se no contrato não se lhe tiver dado expressamente o caráter de condição resolutiva". O art.

1.144 é *dispositivo,* ao passo que é *interpretativo* o § 495, que lhe corresponde, do Código Civil alemão *(verbis*

"in Zweifei", na dúvida). Cp. Código Comercial, art. 207, II (dispositivo), *verbis* "ainda que"; Código Civil francês, art. 1.588: "La vente faite à l‟essai est toujours presumée faite sous une condition suspensive"; Código Civil argentino, art. 1.377, que também se há de interpretar como dispositivo:

"La venta à satisfacción dei comprador se reputa hecha bajo una condición suspensiva, y eI comprador será considerado como un comodatario, mientras no declare expressa *6* tácitamente que la cosa le agrada"; Código Civil italiano, art. 1.521, alínea l.a: "La vendita a prova si presume fatta sotto la condizione sospensiva che la cosa abbia le qualitá pattuite o aia idonea all‟uso a cui ~ destinata".

A classificação da cláusula a contento como *condiç#,o* foi cientificamente adotada, pôsto que H. WAL5MANN

(Em Beitrag zur Lebre von der Wollensbedigung, *Jherings Jahrbllcher,* 54, 278) houvesse pretendido que se trata de *cláusula criativa de direito formativo,* de modo que a comunicação seria exercicio de tal direito. O que há é condição. O sistema jurídico, excepcionalmente (cp. art. 115, 2.‟ parte, *in tine>,* permite que um dos contraentes se vincule totalmente e o outro ainda possa querer diferentemente. Aliás, ambos se vinculam, porque não podem mudar o preço, nem outras modalidades. A circunstância de ter-lhe sido apontada a amostra, ou o modêlo, ou dada à prova a coisa, não tem qualquer influência na venda a contento. Tão-pouco, a caracterização do tipo ou gênero.

O que importa firmar-se é que o contrato de compra-e- -venda foi *concluído,* a despeito de ainda ter de contentar-se o comprador. Falta isso, digamo-lo têcnicamente, para que o contrato concluído se torne *perfeito.*

2.EFICÁCIA DA COMPRA-E~VENDA A CONTENTO. Os riscos da coisa

vendida a contento, sob condição suspensiva, vão ao comprador, desde a entrega; e as obrigações do comprador, antes da aceitação, são as de comodatário (Código Civil, art. 1.145) “As obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifesta aceitá-la”. Portanto, é obrigado a conservar a coisa como se sua própria fOra, não podendo usá-la senão de acôrdo com o contrato, ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos (art. 1.251). Os arts. 1.252-1.255 incidem. Com a aprovação, tudo se passa como a respeito da compra-e-venda incondicionada <P. On“rMANN, *Das flecht der &huldverhtiltnisse,* 488; E.

MUSKAT, Zur Lebre vom Kauf auf Probe, *Gr-uchots Reitrdge,* 48, 212; sem razão, A. DIYRINGER-M.

HACHENEURG, *Das Handelsgesetzbuch,* III, 60). Se resolutiva a condição, regem os arte. 1.127 e 1.128 (O.

CROME, *System,* II, 486, nota 6; sem razão, 1“. OELtTMANN, *Das Recht der Schuldverhtiltnisse,* 483).

O bem vendido a contento do comprador pode não estar individuado ao tempo da conclusão do contrato. Tanto se pode provar, ou degustar, ou examinar, ou experimentar bem especifico como bem genérico. Quem prova o vinho do barril, para

dizer se lhe agrada o que comprou a contento, prova o bem genérico, e a individuação é posterior, ao tempo do engarrafamento , ou do enchimento de barril menor. Não se confunde, com isso, o contrato de compra-e-venda a contento com o contrato de compra-e-venda por amostra, ou com o contrato de compra-e-venda por tipo. Quem degustou o vinho p o quis, tendo-o comprado a contento, não provou o que já estava individuado, mas o bem genérico. Se, por exemplo, não conhece o champanhe do Brasil e ao comprar dez caixas> sem dizer a marca, apenas faz a reserva de antes da entrega verificar se tal vinho lhe agrada (pode ser que até o prove fora, por ter comprado uma garrafa na mesma ou noutra casa>, comprou a contento, mas se já o conhecia e comprou a marca de que bebera, comprou conforme o tipo. Deve-se repelir, portanto, a afirmação de que não possa haver, a respeito de bens genéricos, compra-e-venda a contento e de que haja sempre, em tais casos, compra-e-venda conforme tipo *(e. g.,* RUOGERO LUZZATTO, *La Com pravendita,* 501; com razão, *J. X.* CARVAMIO DE

MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* VI, 146 a.>.

Se a compra-e-venda é a contento, expirado o prazo, a eficácia do negócio jurídico é completa. Na falta de cláusula sObre prazo, rege, em direito comercial, o art. 187 do Código Comercial (3□8 Câmara Cível da COrte de r

Apelação do Distrito Federal, 16 de abril de 1930, 1?. *de D.,* 99, 482; □

3 a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do

Rio Grande do Sul, 4 de julho de 1957, *1?. .7.,* 32, 248; incorreu em grave confusão entre a conclusão do contrata e a plena eficácia a 2.‟ Câmara Cível, a 28 de março de 1957, pois a compra-e-venda a contento é compra-e-venda concluida)

O art. 207, inciso 2, do Código Comercial refere-se à compra-e.venda a contento. O art. 207, inciso 3, não. Ao art.

207, inciso 3, do Código Comercial corresponde o art. 1.127 do Código Civil (2.‟ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de novembro de 1928, 12. *dos T.,* 68, 888>.

Se o bem entrava na classe dos bens que se compram, de costume, após contagem, pesagem, medição ou degustação, porém o comprador os recebeu como se lhe não interessasse a verificação, a tradição operou-se e incide o art. 208 do Código Comercial. O comprador, se devia ter maior atenção e não a teve, foi por culpa sua. Mas essas espécies de modo nenhum se confundem com as da compra-e-venda a contento, que é compra-e-venda já concluída.

8. CoMPRA~E~VENDA COM FACULDADE DE TROCA DO OBJETO.

Não se considera compra-e-venda a contento a compra-e-venda em que se acordou que o comprador pode trocar por outro o objeto vendido, se lhe não agrada *(Kauf anI Umtausch).* Nessa, o vendedor não pode substituir o objeto vendido, mas, dentro do que se avençou, pode trocá-lo o comprador (O. WARNEXER, *Kommentar,* 1, 829). Todavia, L. ENNECCERUS *(Lehrbuch,* II, 31a~g5~a ed., 391, nota 11) e P. OERTMANN *(Das Recht der SchuldverMltnisse,* 482) ainda a consideraram venda a contento. Há, apenas, *facultas alternativa* do comprador, ou de terceiro (cf. G. PLANCK, *Komnventar,* ~ 4.~ ed., 495).

4.REMESSA PARA TROCA. A *remessa para escolha* não é compra-e-

venda a contento, nem venda com permissão de troca, nem venda por prova; é simples oferta de compra-e--venda (C. CROME, *System,* II, 485, nota 1).

Em todo o caso, pode dar-se que o vendedor que vendeu a envie, em vez de a, *a* e b, ou *a, b* e *c,* para que o comprador, se prefere *b* ou *c,* receba êsse objeto em vez daquele que comprara. Trata-se, quase sempre, de simples amabilidade, por parecer ao vendedor que agradaria ao comprador o seu gestc, ou que *b* ou *c,* ou b e *c* apresentam as qualidades que o comprador procurava e *a* apenas aproximativamente o satisfez. Há, aí, oferta de pacto adjecto, que o comprador aceita ou recusa. Pacto êsse que importaria substituição do objeto sem alteração do contrato de.. compra-e-venda.

5. APROVAÇÃO E VENDA‟ A CONTENTO. A aprovação, na venda a contento, é ato de arbítrio do comprador; não fica sujeita a apreciação judicial.

6. ÔNUS DA PROVA. Se se discute se a compra-e-venda foi incondicionada, ou a contento, o vendedor tem de dar a prova da incondicionalidade (FR. LEONEARD, *Die Beweislast,* 895; O. WARNEYER, *Kommentar, 1,* 829; sem razão, P. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverh?tltnisse,* 488; L. ROSENEERO,115

Zur Lehre vom sog. qualifizierten Gestãndnisse, *Archiv fiir die civilistieche Praxis, 94,* 117). O vendedor, na venda a contento sob condição suspensiva, tem de provar que a aprovação foi em tempo; ao comprador, na venda a contento, sob condição resolutiya, que houve desaprovação (ER. LEONHARD, *Die Reiveislast,* 396; L.

ENNECCERUS, *Lehrbuêh,* II, 398; sem razão, H. DERNBURG, *Das Burgerliche Recht,* II, *2,* 8a ed., 103, nota 8). Se houve recebimento, apesar de ser suspensiva a condição, o silêncio pode significar aprovação; ao comprador provar que‟ comunicou a desaprovação (P. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhàltnisse,* 483; H.

DERNBURG, *Das Ehirgerliche Recht,* II, *2,* □

3 a ed., 103, nota 8; is ROSENEERG, Zur Lehre vom sog.

qualifizierten Gestàndnisse *Archiv,* 94, 118; sem razão, FR. LEONHARD, *Die Beweislast,* 395).

7. PROVA, MEDIDA, PESO E ExPERIMENTAÇÃO. O Código Civil, no art. 1.144, estatui: “A venda a contento reputar-se-áfeita sob condição suspensiva, se no contrato não se lhe tiver dado expressamente o caráter de condição resolutiva”. E no parágrafo único: “Nesta espécie de venda, se classifica a dos gêneros, que, se costumam provar, medir, pesar, ou experimentar, antes de aceitos”. Cf. Código Comercial, art. 207, inciso 2.

Fonte do art. 1.144 do Código Civil foi o *EsbOço* de TEIxEIRA DE FREITAS (arts. 2.011 e 2.075).

No Código Civil, art. 1.144, parágrafo único, a expressão “aceitos‟> se refere a objetos, ao contento do comprador. (r~ achados bons pelo comprador tidos como a contento do comprador), porque a oferta do vendedor, essa, já fOra aceita, ou, se partira do comprador a oferta, já a aceitara o vendedor. Concluiu-se o contrato de r

compra-e-venda. A verificação do contento só se prende a condição, suspensiva ou resolutiva, conforme foi concebida.

Na compra-e-venda a contento, ou compra-e-venda sob experimentação ou ensaio, ou sob prova ou degustação (Código Civil, arts. 1.104-1.148) *aliter,* nas compras-e-vendas de divisas que se medem ou pesam, porém não se a medida ou pêso entra na apreciação livre o comprador, dentro de si, verifica se o bem lhe serve, isto é, se serve aos fins ou fim que lhe quer dar. No Código Comercial, art. 207, inciso 2,diz-se que “correm por conta do vendedor os danos que a coisa vendida sofrer antes da sua entrega”, “quando, por condição expressa no contrato, ou por uso praticado em comércio, o comprador tem direito de a examinar, e declarar que se contenta com ela, antes que a venda seja tida por perfeita e irrevogável”. No inciso 8, acrescenta-se: “sendo os efeitos da natureza daqueles que se devem contar, pesar, medir ou gostar, enquanto não forem contados, pesados, medidos ou provados; em tais compras a tradição real supre a falta de contagem, pêso, medida ou sabor”. No Código Civil, art. 1.144, parágrafo único, fala-se da venda de “gêneros, que se costumam provar, medir, pesar ou experimentar, antes de aceitos”. Zurziu os textos J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* VI, 144), porque não são, disse êle, compras-e-vendas a contento as de coisas que se costumam medir ou pesar. E

citou PAULO (L. 34, § 5, 13., *de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem d venditorem compositis* a *quae res venire non possunt,* 18, 1>, que distinguia *degustação* e *medição.*

A criticá fOra fora de propósito. De gêneros que se costuma provar, medir, pesar ou experimentar, antes de aceitos, há compras-e-vendas a contento. É preciso que se não confunda com a verificação da quantidade do pêso ou das dimensães para o cálculo do preço, quando os gêneros se medem ou pesam, de costume, quando se compram (= quando os bens genéricos se compram por pêso u medida), a verificação do pêso ou da medida como *qualidade* do bem. Aí, pode haver a compra-e-venda a contento.

Na L. 34, § .5, diz PAULO: "Alia causa est degustandi, alia metiendi: gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur". Uma é a causa de degustar, e outra, a de medir: porque o gostar serve a que se desaprove, ou aprove; e medida não, porque serve para que apareça quanto se compra. No fundo, era o que êle exprimia.

Na *compra-e-venda a contento,* a manifestação de vontade do comprador subordina à prova do bem *(e. g.,* a prova do vinho) a eficácia do contrato de compra-e-venda. Se o comprador prova o objeto da compra-e-venda e acha que lhe serve,a manifestação de vontade completa a eficácia. Enquanto o comprador não dá por feita a provação, pode prosseguir a entrega, se isso é razoável, pois a retirada da quantidade para as provas pode diminuir o bem que se vai vender. Se o comprador exprime estar satisfeito com a prova, os outros bens, que compre, devem ser da mesma qualidade, para que não caiba a pretensão redibitória ou *quanti minoris.*

Se o vendedor entrega os gêneros comprados após a primeira compra-e-venda, o nOvo contrato de compra-e-ven.. da não é *a contento,* mas sim à. *vista de amostra* (Código Civil, ayt. 1.135). Daí ser assaz importante distinguirem-se os negócios jurídicos em que, de uma vez, provando *a,* B comprou a, *a", a* , *a* , por serem da mesma qualidade, e os em que E comprou *a, a", a",* e, *depois* (outro negócio jurídico!), Na compra-e-venda a contento há negócio jurídico que concerne a eventual eficácia plena *(perfectio)* do próprio contrato de compra-e-venda. Dizer-se, como RUGOERO LuzzÃrro *(La Com pravendita,* 491), que já há acôrdo dos figurantes, que é relativo a futura eventual conclusão do verdadeiro contrato de compra-e-venda, é cair-se em confusão. Cinde-se o incindível. Vêem-se dois negócios jurídicos onde só há um. Não há pensar-se, tão-pouco, em opção, como, erradamente, está em ROBERTO DE RUGOJERO e FULVIO MARVI *(Istituzioni di Diritto Privato,* □

8 a ed., 219), PAOLO GRECO *(La Compravendita e altri cont#atti,* 40),

DOMENICO RUBINO *(La Compravendita, 49* s.) e RUGGERO LTJZZATO *(La Com pravendita,* 492). Nem se trata de contrato preliminar, melhor pré-contrato, como pareceu a FRANCESCO MESSINEO *(Manuale de Diritto civite e commerciale,* III, 7.~ ed., 25).

O contrato de compra-e-venda *concluiu-se,* seja sob condição suspensiva, seja sob condição resolutiva, como elipticamente se diz em vez de "com eficácia sob condição suspensiva, ou sob condição resolutiva". Por isso mesmo é de repelir-se que se trate de compra-e-venda que ainda se está fazendo *(e. g.,* DOMENICO BARBERO, *Sistema istituzionale di Diritto privato italiano,* ~, □

2 a ed., 244).

Pode ser que o comprador se reserve só ter por plenamente 3ficaz o contrato de compra-e-venda se lhe agrada o bem vendido. Não se deve entender que há dois negócios jurídicos, um pelo qual se promete comprar *se,* e outro pelo qual se compra. O que há são dois consensos num só negócio jurídico, dois consensos separados no tempo.

Pelo primeiro, compra-se; pelo segundo, faz-se dependente da aprovação o resto da eficácia. A expressão r

"perfeita" corresponde a "perfecta", no direito romano, que não significava "concluída", mas "plenamente eficaz". *Perfecta est emptio* a *venditio* significa, não que é concluída, mas que se completou a eficácia, ou o elemento para o resto da eficácia. Cf. L. 8, pr., D., *de perionlo et commodo rei ven,ditae,* 18, 6: "Necessarium sejendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nuíla est emptio, sicuti nec stipu]atio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum". É necessário saber-se, diz PAULO, quando se aperfeiçoa a compra-e-venda, isto é, quando é perfeita. Assim sabemos a quem cabe o risco, pois, perfeita a compra-e-venda, o risco toca.ao comprador. Se, a respeito dó que se vendeu, aparecer o que seja, de que qualidade, quanto o seu preço, e se vendeu puramente, a compra-e-venda está perfeita. Mas, se a coisa foi vendida sob condição, e faltara £ndiçáo, nenhuma (nuila> é a compra-e-venda, nem há, tão-pouco, estipulação. Mas, se existiu, dizem PRÓCULO e OCTAVENO que o

risco é do comprador, e POMPONIO, no livro nono, o aprova.

Se pendente a condição, morreu o comprador ou o vendedor, e consta que se cumpriu a condição, também são obrigados os herdeiros, como se a compra-e-venda já tivesse sido contraída no pretérito. É evidente a impropriedade da linguagem para expressão do que se pensava, devido a falta de conceitos preciSos de existência (e contratação) e de eficácia. A perfeição concernia a essa, como todo. Mas certo é que *perf cota* era a compra-e-venda plenamente eficaz. A transmissão do vínculo aos herdeiros mostra que existia relação jurídica e efeitos da relação jurídica.

Aliás, o texto de PAULO foi alterado. No direito romano,o têrmo inicial *(certus* ou *incertus quando),* como a *condicio,* concernia à exigibilidade do crédito, não ao nascimento dêle. Na idade pós-clássica foi que se caiu na confusão. Para GAIO (III, 100), a estipulação *pridie quam morieris* é nula. No texto de PAULO, a obrigação transmite-se, o que há de ter sido, certamente, alteração.

8.CONDIÇÃO SUSPENSIVA" E COMPRA-E-VENDA A CONTENTO.

O art. 1.144 do Código Civil deve ser lido como se dissesse: se não houve cláusula que estabeleceu condição resolutiva, o contrato de compra-e-venda a contento é sob condição suspensiva. A suspensividade só se refere à eficácia do contrato de compra--e-venda: comprado está o bem, mas há a condição suspensiva, que supõe eficácia normal contra o vendedor e mínimo de eficácia contra o comprador.

Ou há prazo para que o comprador, integrando a sua vontade, faça completamente eficaz o contrato de compra-e-venda, ou não o há. Se não foi fixado prazo, rege o art. 1.147 do Código Civil, que estatui: "Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito a intimá-lo judicialmente, para que o faça em prazo improrrogável, sob pena de considerar-se perfeita a venda". Aí, "perfeita" está em lugar de

"integrada" a manifestação de vontade do comprador. A integração é por meio de manifestação de vontade negocia], que não conclui o contrato: o contrato já fôra concluído. Porque há *outra* manifestação de vontade, o comprador há de ser capaz ao tempo em que se concluiu o contrato e ao tempo em que o comprador integrou a sua manifestação de vontade.

Ó problema dos riscos resolve-se com a invocação do art. 1.145 do

Código Civil: o comprador responde como comodatário. O comodatário tem o dever de conservar o bem entregue em comodato, só o podendo usar de acôrdo com o contrato e a natureza do bem, sob pena de responder por perdas e danos (Código Civil, art. 1.251). Se, correndo risco o bem entregue ao comprador, juntamente com outros que lhe pertençam, ante-põe êle a salvação dos seus bens, responde pelo dano ocorrido,ainda que se possa atribuir a caso fortuito au fârça maior (Código Civil, art. 1.253).

Se o bem comprado perece fortuitamente, ou por culpa do comprador. ou êle manifesta a vontade integrativa e é tratado corno qualquer comprador, setfl suspensividade, que recebera o bem, ou não a integra, e só na espécie do ad. 1.253, *in filie,* do Código Civil pode ser responsabilizado Por aí se vê que muitos conceitos errados, na matéria dos contratos de compra-e-venda a contento, provêm da troca de figuras contratuais.

(b) Se já se acordou no preço e noutras cláusulas do contrato, mesmo em se tratando de compras-e-vendas manuais, a compra-e-venda a contento supõe que o vendedor permitiu a prova, o ensaio, ou o exame, somente faltando à eficácia (não à eonclusâo) do contrato de compra-e-venda a manifestação de vontade do comprador. A r

vinculação do vendedor caracteriza a situação. O comprador está livre: a seu arbítrio ficou manifestar, ou não, a vontade integrativa, para que se faça eficaz o contrato de compra-e-venda.

O bem pode ter sido entregue ao comprador, que, por exemplo, o levou para a casa, ou para o estabelecimento, para o experimentar, ou estar diante dêle, sem entrega. O Código Civil, no art. 1.145, estatul: “As obrigações do comprador, que recebeu, sob condição suspensiva, a coisa comprada, são as de mero comodatário, enquanto não manifesta aceitá-la”.

Ne contrato de compra-e-venda a contento, já se pode, portanto, falar de vendçdor e de comprador, pois que concluso está o contrato, razão por que é falso tudo que a respeito escreveu RUGOERO LUZZATTO (La *Compravendita,* 492 s.). Já há contrato de compra-e-venda; apenas lhe falta o que lhe integre a eficácia.

O exame do bem pode ser feito, ou ter de ser feito perto do vendedor, ou sem que êssQ transfira a posse, e tanto nessa espécie como na em que o comprador recebe a posse, pode ser preestabelecido o prazo para a manifestação de vontade do comprador. Nào basta que o exame seja feito (sem razão, DOMENICO RUBINO, *La Compravenjita,* 58) no

prazo; é preciso que haja, dentro dêle, a manifestação de vontade do comprador. No fundo, a manifestação de vontade é tôda cheia de comunicação de conhecimento, porquanto exprime “agrada-me o objeto; portanto, quero a integração da eficácia do contrato de compra-e-venda”. Simplesmente: “fico com o objeto”.

A manifestação de vontade, salvo cláusula contratual, pode ser implícita, ou, até, tácita. Cumpre, porém, que se atenda à natureza da manifestação de vontade, que contém comunicação de conhecimento, e ela mesma, em conseqüência, teria de ser recepticia.

Se há prazo, a recepç& da manifestação de vontade tem de ser dentro do prazo. Em todo o caso, o art. 1.081, III, do Código Civil pode ser invocado, analôgicamente, com a oportunidade de se aplicar o art. 1.081, xv, ou o art.

1.082.

Volvendo ao que antes dissemos sôbre a compra-e-venda apó8 *prova* e a compra-e-venda *antes da prova,* que é a compra-e-venda a contento, convém que frisemos:

(a)Nas compras-e-vendas de mercadorias, a qualidade nem sempre é precisa e perceptível. O comprador tem de examiná-las, sem ainda se resolver a comprá-las. O exame, após a entrega, precede ao acôrdo de vontades, que pode não se operar.

O prazo é curto; *e. g.,* um dia, dois dias, três dias. Se há atraso do recebedor, não está o oferente adstrito ao preço, que pode ter variado; porém não se há de entender que o negócio jurídico bilateral se concluiu. A regra jurídica de ficar concluido o contrato de compra-e-venda se a resposta não chega no prazo (Código Civil, art. 1.084) não incide, porque o prazo n~o foi para aceitar, mas para examinar, provar ou ensaiar.

A degustaçào pode ser antes da conclusão do contrata de compra-e-venda, ou depois, às vêzes imediatamente depois, outras vêzes dentro de prazo ou sem prazo. Já vimos as diferenças.

(b)A compra-e-venda a contento compreende a compra--e-venda a prova, a degustaçAo, a ensaio, a medida, a exame,a experimentação, e é sempre sob a condição suspensiva ou resolutiva do agrado. „Ali, o contento integra; aqui, torna irresolúvel o contrato.

(c)Se a compra-e-venda só se conclui se a prova tiver bom êxito, é preciso que haja a prova para se dar por concluído a contrato. Mas

isso não é venda a contenta. Lê-se no Código Civil francês, art. 1.587: "À 1"égard du vin, de 1"huile et des autres choses que 1"on est dans I"usage de goater avant d"eu faire 1"achat, ii n"y a point de vente tant que 1"acheteur ne les a pas goútées et agréées".

Os princípios são os mesmos para o direito Civil como para o direito comercial. No direito francês, entendeu-se, a principio, que o art. 1.587 do Código Civil francês não podia incidir em direito comercial, mas tal interpretação foi repelida, mesma em se tratando de vendas em grosso. Procurou-se permitir que o vendedor alegasse abuso do direito, Po!" se tratar de mercadoria destinada a revenda, e não a uso pessoal *(e.* g., Lorís FREDERICQ, *Traité de Droit Commercial belge,* III, 94) ; mas sem razão. Ou a prova foi para se concluir o contrato, ou foi para se dar por plenamente eficaz o contrato já concluído. Ora, *ex hypothesi,* não se concluiu o contrato.

O assunto dêste Capítulo é o do contrato de compra-e-venda a contento, contrato que se conclui antes da prova, qualquer que seja, e os interessados já são *vendedor* e *comprador,* e não apenas candidatos a vender e a comprar.

Se o vendedor não mostra o bem ao comprador, ou não Ibo entrega para a prova, o exame, a experimentacão ou o ensaio, quando o devia fazer, tem o comprador a *ação de exibição* para que possa manifestar-se. Se há prazo para manifestar-se e o vendedor evitou que o comprador pudesse proceder à prova, à degustação, à experimentação, ou ao ensaio, antes de expirar o prazo pode o comprador interpdá-lo. Findo o prazo, o juiz ou dirá que o prazo não correu, ou que a prestação do vendedor foi por êle mesmo impossibilitada, ou dificultada. Na grande maioria dos casos, é de entender-se que o prazo ainda não começou de correr.

r

10. RENUNCIABILIDADE DO DIREITO. i~.A faculdade de degustar é *renunciável?* Louís FflEDERICQ

(Traité, III, 98) entende que sim; contudo, o que se pode passar é que o degustador transforme a sua situação em situação de oferente, ou de aceitante, com ou sem a condição suspensiva, como se ofereceu outro preço, ou se aceitou, desde logo, embora prescindido de provar, ou deixou para depois.

O comprador é livre quanto a exprimir o contento como quanto a

exprimir o incontento. Não se vinculou a comprar o que resultou do contrato, pôsto que se houvesse vinculado a manifestar-se pró ou contra a plenieficacização do contrato de compra-e-venda. Pelo ato jurídico strioto *sensu,* êle diz que quer o objeto, pois que lhe agrada (não se pode verificar a verdade de tal comunicação), ou que o não quer, porque não lhe agrada (não se pode verificar a verdade de tal comunicação).

O contrato fôra concluído. O que se fêz dependente da manifestação de vontade do comprador foi o resto da eficácia:

a eficácia que ficou suspensa ou sujeita a resolução.

Pode ser que, mesmo sem ver o objeto, o comprador manifesta que o quer. Acordou no preço e, com a reserva que se faz com a condição, concordou com o objeto; agora, diz-se contente, isto é, diz que o objeto lhe agrada. Talvez não o tenha visto, ou ouvido, ou pegado. Talvez seja o sucessor de quem contratou. Não importa. Quem é livre no tocante a querer ou não querer é livre quanto a dizer que quer, embora, no íntimo, o objeto lhe desagrade.

11.RESTRINCIBILIDADE DO DIREITO. Ê possível obviar-se aos inconvenientes da entrega para prova, ensaio ou experimentação, ou da entrega *ad gustum,* com o arbítrio do recebedor, o que a caracteriza. Um dêles é o de *restringir-Se* êsse último, mediante cláusula, *e. g.,* "não podendo recusar se o vinho tem as qualidades apontadas". Mas, aí, já se *acordou,* e pois a figura jurídica é outra.

(A expressão "compra-e-venda a *prova"* não permite que se pense em que o comprador está adstrito à verdade da razão de sua recusa. Ficou a seu arbítrio manifestar, ou não, a vontade de comprar. Muito diferente é a compra-e-venda em que o vendedor apontou as qualidades e o comprador acreditou que existissem. O Código Civil preferiu a expressão "venda a contento". No direito alemão, FE. LEONHARD, *Besonderes Sehuldreeht,* 95, fala-se de compra-e-venda a arbítrio do comprador, *Kauf au! Relieben des lútiufers.)* Diferente do contrato de compra-e-venda a contento (a prova, a ensaio, a exame) é o contrato de *compra-e-venda para provar.* Nesse, o comprador quer adquirir outros bens do mesmo gênero e compra um ou alguns para verificar se lhe convém comprar outros. Nos contratos posteriores, se o vendedor entrega os gêneros após a comunicação de que os que haviam comprado são do agrado do comprador, não há compras-e-vendas a contento, mas compras-e-vendas à *vista de amostra.*

12. TRANsMISSIBILIDADE DO DIREITO. A regra jurídica do art. 1.148 do Código Civil, em que se diz que

"o direito resultante da venda a contento é meramente pessoal" foi mal interpretada por CLÚVIS BEvILÁQUA *(Código Civil comentado,* IV, 319), por 3. X. CARVALHO DE MENDONÇA" *(Tratado de Direito Comercial,* VI, 148) e por outros, que lhes reproduziram as afirmações. Originou-se de emenda que se encontra nos *Trabalhos da Câmara dos Deputados* (VI, 881). Não nos interessaria o que pensasse o autor da emenda, porque se estaria diante de caso de subjetivismo e voluntarismo na interpretação da lei, que atacamos, de rijo, em 1922

(Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archiv fiir Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* 16, 522-548>. E

não se encontraria razão para isso. Dizer-se que o art. 1.148 enuncia princípio de intransmissibilidade do contrato de compra-e-venda a contento é absurdo. O que lá está estabelecido é que o direito não é real, mas pessoal; e não que o direito é personalíssimo, ou intransmissível entre vivos e a causa de morte. Nada justificaria tal solução destoante da tradição do direito brasileiro (13 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de novembro de 1917; Côrte de Apelação, 28 de maio de 1919, *R. G. de D.,* 1, 741 s.).

13.EXERCÍCIO DO DIREITO. Além de ser transmissível o direito oriundo da compra-e-venda a contento, é deferível a outrem o exercicio. Não se haveria de exigir que fôsse o dono da casa compradora, ou, em geral, o comprador quem degustasse, provasse, examinasse, ou experimentasse, nem que fôsse a própria criança que comprou o vestido ou o chapéu que o experimentasse. Por vêzes, o exercício do direito somente pode ser pelo serviçal, ou pelo empregado técnico, ou pelo encarregado do consêrto, ou da construção. Quem escolhe o terceiro, para o exercício do direito, é o titular do direito. Por onde se vê quão longe estavam da verdadeira interpretação do art. 1.148 do Código Civil CLÓVIs BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* IV, 319; e, mais ainda, 3. X.

CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* VI, 148) que chegou a escrever não permitir o Código Civil, art. 1.148, que, na compra-e-venda a contento, terceiro deguste ou experimente a coisa vendida.

r

A compra-e-venda a contento é assaz freqUente, nos negócios jurídicos

comerciais de compra-e-venda de máquinas, motores, navios, automóveis, aviões e animais de corrida. As mercadorias que só se empregam definitivamente depois de ensaios e o uso pode preestabelecer a cláusula.

O ensaio, em si, pode ser feito pelo outorgante, na presença do outorgado, ou pelo outorgado, mas ao comprador é que cabe manifestar-se pró ou contra a eficácia do contrato. Não raro o contrato mesmo diz como se há de proceder a ensaio, quais os resultados que se esperam e pode estabelecer limites ao arbítrio do comprador.

Se não foi marcado o prazo para o exame, o simples fato de ter o comprador retardado a manifestação de vontade não induz eficacização completa. É preciso que se faça a interpelação para que, dentro do prazo que o juiz fixar, se manifeste,. sob pena de se ter como eficacizado o contrato (Código Civil, art. 1.147).

Se foi marcado o prazo, rege o Código Civil, art. 1.146:

“Se o comprador não fizer declaração alguma dentro no prazo, reputar-se-á perfeita a venda, quer seja suspensiva a condição, quer resolutiva; havendo-se, no primeiro caso, o pagamento do preço como expressão de que aceita a coisa vendida”.

A determinação do prazo para, dentro dêle, se manifestar o comprador, tem a relevância concernente à completação da eficácia e quanto aos riscos. Desde o momento em que o comprador diz que fica com o bem, ou deixa escoar-se o prazo sem manifestação contrária, os riscos são por sua conta. Posse, o comprador tinha; passou a ser proprietário.

No art. 1.146, acima citado, o Código Civil diz que o pagamento do preço se tem como manifestação de contento por parte do comprador. A regra jurídica alude, e sómente poderia aludir, àquelas espécies em que o preço há de ser prestado após o fato do agrado e então significa manifestação tácita de contento. Se o preço foi pago antes, por se ter determinado no contrato que o seria, ou se houve apenas pagamento adiantado por ato de consideração do comprador ao vendedor, não se pode ter a prestação do comprador como manifestação de contento. Pode o comprador, se anui em pagar antes da verificação, embora não fôsse obrigado a isso, ressalvar o seu direito ao exame, à prova, à experimentação. O final do art. 1.146 do Código Civil somente pode ser considerado regra jurídica sôbre presunção *luris tantum*.

Se o comprador comunica que tem urgência do objeto e o aguarda,

"qualquer que seja", renunciou à prova, ao exame, ou à experimentação, e está plenieficacizada a compra-e-venda. Qualquer manifestacão de contento, mesmo tácita, é irrevogável (JOHANNES LUKANOW, *Der Kauf au! Probe,* 44 5.; WALTER PA"SSAUER, *Dei- Kauf au! Probe,* 63).

Quem prova e compra não compra a prova ou a contento. Bem assim quem compra para provar. Compra a contento quem compra se convier (Fa. VON HAHN, *Kommentar zum Alígemeineu deutschen Handelsgesetzbuch,* II, 244; WALTER PASSAUER, *De>- Kauf auf Probe,* 17). Tem-se de afastar qualquer suposição de se tratar de *negotium claudicans* (certos A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht,* II, 1, 221 5.; JOHÂNNES LUKANOW, *Der Kauf auf Probe,* 19 sã.

§ 4.285. Compra-e-venda com faculdade de substituição do bem por parte do comprador 2.PRAZO PARA A TROCA DO BEM COMPRADO. Há, de regra, prazo para o exercício do direito de troca. Se não foi fixado, entende-se o prazo razoável ou o usual. Para certeza da situação, pode o vendedor, quando há o direito de troca e não há prazo, requerer que seja determinado pelo juiz, notificado judicialmente o comprador.

3. NATUREZA DO DIREITO DO COMPRADOR. O direito que tem o comprador de trocar o bem que comprou é *direito formativo modificativo.* Muito se usa nas compras-e-vendas de objeto de presente e de peças de aparelhos domésticos. Quando se pede por telefone ao fornecedor objeto de que há subgêneros, quase sempre se há de entender que há o direito de troca.

Mais uma vez frisemos que não se trata de compra-e-venda a contento. Só a manifestação de vontade nesse sentido ou as circunstâncias podem configurar a compra-e-venda a contento, oque ocorre sempre que, podendo ser trocado o objeto, também se pode entender que nenhum satisfaz. Aí intervém a condição suspensiva ou a resolutiva.

1. COMPRA-E-VENDA A OBJETO CAMBIÁVEL. No contrato de compra-e-venda pode pôr-se a cláusula de poder o comprador trocar o bem que comprara *(e. g.,* comprou incondicionalmente o bem e pode ir trocar por outro, maior ou menor, mais claro ou mais escuro, ou de côr mais própria para o salão). O preço pode ser o r

mesmo, maior ou menor, o que depende de cláusula explícita ou implícita. Para a troca, o comprador tem de primeiro entregar o que

comprou, intacto e sem danos.

Na compra-e-venda com faculdade de troca por parte do comprador, não há invocabilidade das regras jurídicas do contrato de compra-e-venda a contento. „Os riscos transmitiram-se. Se o bem perece por caso fortuito ou fôrça maior, o comprador deve o preço, ou o que resta do preço; se já o pagou, não pode exigir restituição.

Se no contrato de compra-e-venda se pôs que, não sendo possível a troca pelo bem que se adapte, por exemplo, ao salão, a juízo do comprador, tem o comprador a faculdade de devolver o que levou, houve contrato de compra-e-venda a contento, sob condição suspensiva ou resolutiva.

COMPRA-E-VENDA MANUAL OU DE CONTADO COMPRA-E-VENDA DE BENS IMÓVEIS E

COMPRA-E-VENDA DE PATRIMÔNIO

§ 4.286. Compra-e-venda manual ou de contado

1. CONCEITO. A compra-e-venda manual, ou de contado, ~é a compra-e-venda em que não há prazo e, adimplidas simultâneamente, à conclusão mesma, as duas dívidas, a simultaneidade faz o adimplemento ocultar, como fôlha de papel sôbre o que está na mesa, o que foi o contrato.

No direito alemão e no direito brasileiro, não se pode eliminar o acôrdo de transmissão, quer da propriedade quer da posse, pelo simples fato de se haver prometido e simultânea-mente (conceptualmente, em ato imediato) se adímplir o prometido.

2.PRECISÃO CIENTÍFICA DO PROBLEMA E DAI SOLUÇÃO. Os que vêem na £ompra-e-venda manual prestação recíproca sem prévia vinculação, ou negócio jurídico real, ou, ainda mais falsamente, duas tradições simultâneas, com causa, eliminam o que determinou as entregas, ou a negocialidade consensual, .que não se explicaria nas demais espécies de compra-e-venda, de tôda a relação jurídica fora do ato-fato jurídico das tradições. E a alusão à causa mostra que, raspando o passado das duas tradições, tais juristas não conseguiram

apagá-lo. Foram destruidas essas opiniões de O. BXHR <Zur Beurteilung des Entwurfs eines BGB, *Kritische Vierteljahrssohrift,* 80, 386 s.; *Urteile des Reichsgericlvts,* 33>, Ii. DERNEURO *(Das Ehirgerliche Recht,* II, 2, 3, nota 8), E. ENDEMANN *(Ukrbuoh des Ritrgerlichefl Rechts,* ~, SY--9Y- ed., 1019, nota 12), B. MATTRIASS

(Lehrbuch des B"*drgerliehen Rechts,* 1, 3.~ ed., 293) e WILUTZKY (Doppelseitige Realvertr~gO als Massengeschãfte, *Árchiv flir BUgerliches Recht,* 27, 100 s.) e dos sistemas jurídicos que se lançaram, imitando o Código Civil francês, na vereda, antitradicional e anticientífica, do contrato de compra-

-e-venda contrato real. Certos, convincentemente, P. OERTMANN <*Das Recht der Schuldverhúltnisse,* g□a~4~a ed., 370; em V.EHRENEERG, *Handbuch des gesamte Handelsrechts,* IV, *2,* 333), G. PLANCK *(Komment ar,* II, 329), L. ENNECCERUS

-*E.* LEHMANN *(Lehrbuch,* 1, *2,* 31a35a ed., 343 s.), CÂRL CROME *(System,* II, 400, nota 12), E.

GoLDMANN-L. LILIENTUAL *(Das Elirgerliche Gesetzbuch,* ~, 2A~ ed., 469), LOBE *(Das BúrgerUche Gesetzbuch,* IJ, 7.~ ed., 8 s.), KONRAD COSACK *(Lehrbuch. des deutschen Biirgerlichen Rechts,* 1, *6.*~ ed., 532), W. COLLATZ *(Ungerechtfertigte T/ermàgensversehiebung,* 293), II. NEUMOND (Der Automat, *Archiv*

/1k die eivilistische Praxis, 89, 122 e 166), A. SCH6NINGER *(Die LeistungsgescMf te des blirgerlichen Rechts,* 125), V. RINO (Der Entvurf eines BGB. und seine Beurteiler, *Archiv flir Elirgerliches Recht,* 1, 203), XARL

ADLER (Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrecht, *Archiv flir die civititistische Praxis,* 109, 323) e outros.

3. CONSIDERAÇÕES CRITICAS. A concepção errónea do contrato real não se ajusta à vontade dos contraentes, nem às necessidades do tráfico. Argumento forte contra ela também é o de que, se alguém compra, manualmente, na loja a mercadoria e paga com dinheiro falso, não há só a ação de resolução, há a de cobrança do preço, pois que êsse não foi pago. Se B comprou na loja de A um relógio e lhe foi pôsto na caixa outro relógio, que não lhe serve, tem B a ação para a entrega do que êle comprou, restituindo o que não comprara. Dá-se o mesmo se A ou o empregado de B pôs na caixa, por êrro, outro relógio, e, embora queira B ficar com êle, não convenha a A a substituiçao: ai, e A quem tem a ação para que se lhe devolva o que

por êrro foi prestado.

Aqui, cumpre lembrar que A. BECHMANN *(Der Jauf nach gemeinen Recht,* II, 10 s.) tentou explicação r

intercalar:a vontade dos contraentes conteria dois propósitos, por se tratar de intenção empírica, *ernpirische Ábsicht,* que tanto admite o efeito real como o efeito só pessoal, obrigacional.

O artifício ressalta. O que se quis foi, num dos contraentes, comprar; no outro, vender. O efeito real é do acôrdo de transmissão, que é plus. Contra a tese de A. BECHMANN, com tôda a razão, L. ENNECCERUS

(Rechtgeschãft, Bedhzgung und Anfangsterníin, 28-36.)

4. CONSENSUALIDADE DA COMPRA-E-vENDA MANUAL. Se

a compra-e-venda manual fôsse puramente contrato real, quando o compra dor, em caso de compra-e-venda manual, propusesse ação contra o vendedor, para haver o bem comprado, cairia em contradição: houve compra-e-venda real e não houve tradicão. O vendedor tem de provar que prestou e o comprador, que pagou. Se os usos estabelecem que em determinadas compras-e-vendas há o ônus para cada contraente, de provar que o outro não prestou, é porque há presunção, na espécie, de ter havido compra-e-venda de contado.

5. OBJETO E PAGAMENTO NO CONTRATO DE COMPRA-E -vENDA. A compra-e-venda pode ser: a > *De bens móveis* ou *de bens imóveis.* No sistema jurídico brasileiro, a tradição é que transfere a propriedade do bem móvel, porém nada obsta a que se venda a propriedade do bem que precisa ser reivindicado. Aí, vende-se a propriedade e p direito a reaver a posse. Quanto à propriedade do bem imóvel, ela só se transfere com o registo. A posse exige a tradição. Porém podem ser vendidas separadamente propriedade e posse.

b) *Em grosso* e *a retalho.* O Código Comercial, nos arts. 12 e 191, □

2 a alínea, refere-se ao *comércio de retalho* (a

retalho) e ao *comércio em grosso.* “O que caracteriza o atacadista” isto é, em grosso “e a compra em grande escala para revenda em grandes partidas”; portanto, disse o Supremo Tribunal Federal, a 12 de maio de 1923 *(1?.*

Do 3. *T. F.,* 55, 104 s.), "como tal, não pode ser considerado o comerciante que, habitualmente, exercendo a especulação a retalho, supre uma ou outra vez outro negociante ou qualquer freguês com uma maior quantidade de mercadorias

e)À vista ou *a dinheiro* e *a prazo* ou *a crédito.* Aí, o prazo é para o pagamento. Também se pode estabelecer prazo para a prestação do bem. Na compra-e-venda a crédito, o vendedor entrega o bem antes de receber o dinheiro, de modo que o ser a prazo pode não ser a crédito (se coincidem os prazos para a entrega e para o pagamento). A compra-e-venda a dinheiro pode ser com a entrega simultânea ou posterior.

Por vêzes, permite-se que o comprador pague antes do tempo e haja do vendedor redução do preço. Mas tal cláusula depende de explicitude, ou de implicitude, ou de uso da praça ou do gênero de mercadoria.

Quando se compra bem genérico, nem sempre se admite a compra do gênero mais extenso (qualquer vinho tinto, qualquer vinho branco). Desce-se sempre a gênero menos extenso ou a subgênero (qualquer vinho branco doce do Rio Grande do Sul). Quem compra dez litros ou um litro do vinho que está no barril 13 não compra dez litros ou um litro do vinho que está no barril A, embora o vinho seja o mesmo. Algo de mdivíduação se intercalou (cf.

WALTER HAvni, *Die Gattungsschuld,* 8; QUADEECK, *Die Konzentration der Gattunsehuld auf eine.,testimmte Sache,* 5; WILHELM BERNDOREF, *Die Gattungsschuld,* 1 s.; JOSEPH FRIEDRICH, *Der Unterschied zwischen Gattungssehuld und Wahlschuld,* 10 si.

Na compra-e-venda com alternativa do objeto, há *plues res in obligatione, una in solutione* (CARL CROME, *Sys tem,,* II, 90; ERwIN CHANIZER, *Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld,* 1 s.; contra, ER. LEONHARD, Die Wahl bei der Wahlschuld, *Jherings Jahrbiicher,* 41, 63).

§ 4.287. Compra-e-venda de bens imóveis

1. CONCEITO. Compra-e-venda de bens imóveis é tôda compra-e-

venda cujo objeto são bens imóveis, quer por sua natureza, quer por seu destino, quer por sua inserção em patrimônio, quer por lei (cf. Código Civil, arts.

43-46).

2. REGRAS JURÍDICAS ESPECIAIS. A respeito de bens imóveis, há regras jurídicas especiais que concernem à compra-e-venda de alguns bens imóveis, ou de todos. O assentimento dos cônjuges é um dos pontos (Código r

Civil, arts. 2a5,

1, e 242, 1, II e III). Outro, a exigência da escritura pública (Código Civil, art. 134, II).

3. REGIsTos DA TRÂNSMISSÂO. Os registos para a eficácia transiativa concernem ao *acOrdo de transmissdo,* e não ao negócio jurídico bilateral da compra-e-venda. Não se regista no Registo de Imóveis, ou noutro registo especial, o contrato de compra-e-venda se no instrumento dêle não se diz "vendo e transmito a propriedade". A compra-e-venda, em si, independe do registo especial; pode ser, para efeitos contra terceiros (~ não os efeitos de transmissão!), registada no registo de títulos e documentos.

Nos manuais de tabeliães e nos livros de praxe dos cartórios, em todos os tempos do direito luso e do direito luso-

-brasileiro, os instrumentos de contratos de compra-e-venda contêm as duas manifestações de vontade: "vendo e transmito a propriedade e a posse". O contrato em que apenas se diga "vendo" não transmite posse, nem propriedade. Se o objeto é bem imóvel, não basta para a transcrição no Registo de Imóveis.

4.O CÓDIGO CIvIL, ART. 1.136. Diz o art. 1.136: "Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, êsse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido, apenas enunciativa a referência às suas dimensões"". E o parágrafo único: "Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder

a 1/20 da extensão total enunciada". A técnica legislativa serviu-se, aí, de regra jurídica de pré-exclusão do interêsse de pouca monta, *principio do desprêzo do mínimo,* que a tantos outros respeitos pode ser invocado *(e. g.,* na venda de gêneros, na execução de empreitada, no atraso de minutos, horas, ou dias, não

„havendo dano); mas formulou de modo especial, que merece atenção. A regra jurídica de modo nenhum se confunde com as regras jurídicas da ação edilícia *quanti minoria* (art. 1.105); dai caber ainda que a alienação tenha sido em hasta pública (art. 1.106). Nem com as regras jurídicas da ação redibitória (arts. 1.101-1.104 e 1.106). A prescrição é de vinte anos (art. 177), e não há a preclusão do art. 178. §

5~O, IV (Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 4 de dezembro de 1927, 1?. *dos T.,* 114, 764). Tão-pouco seria de invocar-se o art. 1.186 para as vendas de edifícios em construção (□

3 ~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do

Rio Grande do Sul, 10 de outubro de 1946, *J.,* 28, 634) ; mesmo no tocante à área, inclusive em se tratando de apartamentos (comunhão *pro diviso).*

5. SANÇÕES DO CÓDIGO CIVIL, ART. 1.136. O art. 1.126

contém duas regras jurídicas distintas: *a)* uma, concernente aos contratos em que se estipule o preço por medida de extensão *(e. g.,* a *x* cada alqueire) *; b)* outra, relativa aos contratos em que se determine a área *(e. g.,* o sítio de duzentos mil quinhentos e seis metros quadrados). Não incide a), nem 19, se a referência à dimensão foi apenas enunciativa, ou se o imóvel foi vendido "como coisa certa e discriminada".

A simples declaração de que vende o imóvel com *x* metros ~quadrados, ou *x* alqueires, dá a *garantia* do art. 1.136; não assim se foi dito que se vende a Fazenda das Frexeiras, com (ou que tem) *x* alqueires. Também não incide o art. 1.136 se só no anúncio de venda se declarou que o preço seria de z por alqueire (O WARNEYER, *Komment ar,* 1, 805). Nem se a afirmação da existência exata da extensão consta de correspondência, ou de informes orais, e não da escritura. O fato de não caber a ação do art. 1.136 não exclui a incidência dos arts. 1.101-1.105.

6. FALTA DE MENOS DE UM vIGÉSIMO. O legislador poderia atender

ao *principio de desprêzo do mínimo:* ou a) pré--excluindo a pretensão de completamento da área, a de resolução do contrato e a de abatimento do preço se a diferença é mínima, ou abaixo de certa percentagem; 19 pré-excluindo a resolução, se a diferença é mínima, ou abaixo de certa percentagem; *c)* considerando que foi apenas enunciativa a menção da quantidade se a diferença é mínima, ou abaixo de certa percentagem; *d)* presumindo a enunciatividade se a diferença é mínima, ou abaixo de certa percentagem. A solução é, *de iure condendo,* a melhor. As soluções e) e *d)* recorrem a distinção que força a natureza das coisas: a declaração de vontade não deixa de ter sido de garantia, para ser apenas enunciativa (no sentido em que ai se emprega), porque, posteriormente, se verificou a diferença. Em todo o caso, o parágrafo único do art. 1.136 estatui: "Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada". Deve-se ler como se lá estivesse escrito: Se os contraentes não tornaram a diferença de mais de um vigésimo relevante para o adquirente, entende-se que não foi considerada como elemento de fato que possa ser argUido como infração positiva do contrato (adimplemento não-satisfatório).

r

A expressão "direito", no art. 1.136, 2~a parte, refere-se a qualquer direito acima mencionado: pretensão ao complemento da área; direito formativo resolutivo do contrato; pretensão ao abatimento do preço. Não se refere só à resolução, nem só ao abatimento do preço. Se não fôsse essa a interpretação do art. 1.136, a regra jurídica somente se referiria ao abatimento do preço, último direito (aliás pretensão) a que se aludiu. À diferença do Código Civil alemão, § 468, que, no caso de diferença mínima, somente pré-exclui a resolução, o art. 1.136, parágrafo único, pré-exclui qualquer das pretensões, Se, sendo, embora, de um vigésimo, ou menos, a diferença, a menção das dimensões haja de ser considerada garantia, équestão de interpretação. O art. 1.136, parágrafo único, prâticamente se reduz a regra jurídica dispositiva: se não foi dito o contrário, não se considera relevante a diferença de um vigésimo ou menos. O art. 1.136, parágrafo único, como a parte final do art. 1.136, não pré-exclui a responsabilidade pelo dolo (arts. 92-97), ou pelo ato ilícito absoluto (art. 159).

Se foram vendidos dois ou mais imóveis, tem-se de verificar se foram vendidos como todo, ou separadamente, embora pela mesma escritura, para que se saiba se a incidência do art. 1.136 é quanto ao todo, ou somente <manto a cada um (P. OERTMANN, *Rech,t der*

Schuldverhàltnisse, 448), o que é assaz importante para a incidência do art. 1.136, parágrafo único.

A *cláusula de mediçâo* só diz respeito ao cálculo do que devido, e não ao preço mesmo: aí, o preço é um só; apenas se ignora a extensão da coisa e, pois, o quanto a ser pago. A expressão "mais ou menos" exclui a invocação do art. 1.186 do Código Civil. Em vez disso, reafirma o principio de que não se presume "simplesmente enunciativa" a diferença de mais de 1/20 da extensão total enunciada (arg. ao art. 1.136, parágrafo único). A cláusula de medição obriga o que a ela tem de proceder a *comunicar* ao outro contraente o resultado, se não se há de entender que também teria de comunicar o dia

□e hora da medição. A comunicação é *comunicaçâo de conhecimento* e como tal se rege. Tem de ser feita segundo os principios, não se precisando de forma especial, se não foi exigida; não há, porém, comunicação de medição de terreno sem forma escrita, pela natureza mesma do que se mede. Nas compras-e-vendas de balcão, a comunicação de medidas pode ser oral, inclusive telefônica; a respeito de bens imóveis, não: só as há escritas; tratando-se de promessa de transferência *(e. g.,* contrato de compra-e-venda), escritas em instrumento público. Nos pré-contratos, ou promessas de compra-e-venda, podem ser escritas em instrumento particular.

Oacôrdo de transmissão da propriedade há de ter a mesma forma que se exige ao contrato de compra-e-venda de que êle é adimplemento.

Diz o Código Civil, art. 1.126: "Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, ~o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, êste direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões". Parágrafo único:

"Presume-se que a referência às suas dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada". Cf. Tomo III, § 327, 4. iRá três regras jurídicas no art. 1.136: uma, concernente ao direito à extensão, se se vendeu área, lote, ou terreno não deter-minado; outra, a de venda de bem *ad cor pus,* se há referência

às dimensões; outra a presunção *iuris tantum.* Há possibilidade da prova em contrário. Em conseqUência, a referência às dimensões não pré-éxclui que se trate de compra-e-venda *ad cor pus,* como se foi comprada, conforme o próprio contrato, para certo fim *(e. g.*, para no terreno se levantar edifício de dez metros por trinta, e falta o que seria necessário conforme as leis municipais).

Se se comprou terreno de vinte metros por cinqUenta na área tal, em que estão outros terrenos, há o direito à resolução do contrato, ou ao abatimento proporcional do preço. O comprador exerce o que êle quer, ou deixa a escolha ao vendedor.~

Se se comprou o terreno em que está o edifício tal, a referência às dimensões é apenas para indicação aproximativa. Para que não o seja, é preciso que se afaste, explícita ou implicitamente, tal suposição.

A presunção *iuris tantum* é apenas para se não resolver a compra-e-venda se só um vigésimo da área ou menos não existe, nem se poder pedir abatimento no preço. Mas é preciso que haja *dúvida* sôbre se tratar de compra-e-venda *ad corpus.*

Se se mencionam os limites do terreno, a referência às dimensões nãoafasta, em princípio, que se trate de compra-

-e-venda *ad corpus,* e não *ad mensuram* (cf. 2~a Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de setembro de 1948, *R.*

r

1"., 122, 98).

As ações do comprador, nos casos do art. 1.136 do Código Civil, de modo nenhum se ligam à disciplina dos vícios redibitórios, razão para que não se pense em invocabilidade do art. 178, § 59, IV,do Código Civil (arts.

1.101-1.105). Cf. 1a Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de abril de 1947 *(A. J.,* 88, 290: "O vendedor estava obrigado a entregar a coisa na sua integridade. Na hipótese, faltava uma parte. O comprador tinha ação para compelir o vendedor à entrega dessa parte e, se isso não é possível, a prestar a devida indenização"; 1.a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de dezembro de 1944, *1?. dos T.,* 159, 173).

Se a cláusula, *in casu,* é pré-excludente d~ se tratar de compra-e-

venda *ad corpus,* a questão é *quaestio facti;* portanto, não caberia da decisão recurso extraordinário (2A Turma do Supremo Tribunal Federal, 25 de janeiro de 1944, *R. IX,* 100, 38 s.). Se, porém, se afirma que a regra jurídica do art. i.136, parágrafo único, não admite prova em contrário (= não é *iuris tantum* a presunção), infringe-se a lei, e há base para o recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal, 26 de junho de 1940), ou para outro recurso que só se refira a *quacstiones zurts.*

„O art. 1.136, parágrafo único, apenas pré-exclui, se não há cláusula contratual em contrário, que se intente ação contra o vendedor por diferença de menos de um vigésimo, se a compra-e-venda foi *ad mensuram.* Nada tem com a compra-e-venda *ad corpus,* porque, nessa, não há qualquer das espécies do art. 1.136 (4□a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 2 de março de 1945, *A. J.,* 77, 394), e a presunçao do art. 1.136, parágrafo único, é para o caso de dúvida sôbre se tratar de compra-e-venda *ad corpus* ou *ad inensuram.* Se há dúvida e a diferença é de um vigésimo ou menos, o art. 1.126, □

2 a parte, incide.

Tem-se por pré-excluída a incidência da regra jurídica do art. 1.136, parágrafo único, se a destinação do terreno consta do instrumento do contrato de compra-e-venda e êle não dá para aquilo a que se destinava.

Discute-se se, só sendo de mais de vigésimo (z mais de cinco por cento) a testada do terreno, a presunção do art.

1.136, parágrafo único, incide. Afirmativamente, o acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis ReUnidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 20 de agôsto de 1942 *(1?. J. R.,* 59, 74). Não teríamos dúvida, se no instrumento do contrato de compra-e-venda se disse que "o terreno tem de testada tantos metros e tantos, mais ou menos, de fundo". *Iii. casu,* haveria compra-e-venda *ad corpus,* e não *ad mensuram,* sem dúvida. E o art. ~ 1.~

parte, nada teria com isso; nem o art. 1.136, parágrafo único, teria ensejo de invocação.

A ação decorrente da incidência do art. 1.136, 1~a parte, quer para a completação da área vendida quer para o abatimento proporcional, é ação *empti,* com a prescrição de vinte anos. Idem, a ação de resolução do contrato.

A compra-e-venda pode ser *ad corpus,* mesmo se não há referência a limites *(e. g.,* vendo a casa da rua tal, de nome "Casa das Flôres"). Sem razão, a 1.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de outubro de 1950 *(R. dos T.,* 190, 298), e a 5□8 Câmara Civil, a 17 de março de 1950 (186, 246). Também pode ser *ad corpus,* embora se trate de parte indivisa (parte indivisa de terreno-corpo é terreno-corpo), como se foi dito "vendo a têrça parte da Fazenda Flexeiras": os limites, se dêles se falou, são referentes ao todo (sem razão, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, a 13 de maio de 1954).

A referência a limites pode existir (e sói existir) a despeito de se tratar de compra-e-venda *ad mensuram,* como se no contrato se fala em compra-e-venda por metro e se precisam os limites do terreno (Tribunal de Justiça de Mato-Grosso, 14 de março de 1952, *A. 1*"., 21, 252).

Se a venda foi por metros *(ad mensuram,* portanto) e a diferença achada excede de um vigésimo (mesmo se se empregou, para a conta dos hectares, o usual "mais ou menos", Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 8 de novembro de 1946, *J.,* 28, 625), não há dúvida quanto a caber qualquer das ações a que se refere o art. 1.136, 1.8

parte. Resta saber-se se, sendo *ad men.suram,* há as ações do art. 1.136, l~ parte, se a diferença é menor de um vigésimo. A resposta é no sentido de não haver margem para a invocação do art. 1.136, parágrafo único, uma vez que, *ex hvpothesi,* há certeza quanto a se tratar de compra-e-venda *ad mensuram.* O art. 1.136, parágrafo único, só se entende no caso de dúvida sôbre ser "simplesmente enunciativa", ou não, a referência às dimensões , isto é, se o caso é mesmo de compra-e-venda *ad corpus.* O art. 1.136, pa~ágraf o único, é *regra jurídica de prova.*

O art. 1.136, parágrafo único, nada tem com as compras--e-vendas em que, em vez de menos, se acha mais do que a dimensão apontada (Câmaras Cíveis ReUnidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 8 de novembro de 1946, *./.,* 28, 625).

O preço global para a área não implica, sempre, que se trate de compra-e-venda *ad mensuram.* Tem-se de interpretar a vontade dos contraentes. Tal afirmação também concerne a pré-contratos de compra-e-venda de terrenos <2.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de junho de 1953, *R. dos T.,* 214, 211).

„O art. 1.136, parágrafo único, só é de incidir se: *a)* há dúvida sôbre se tratar de compra-e-venda *ad corpus* ou *ad merisuram; b)* se a

deficiência nas dimensões é de menos de um vigésimo, ou de um vigésimo. Se se sabe que a compra-e-venda é *ad mensuram,* não há pensar-se em incidência do art. 1.136, parágrafo único; outrossim, se há r

a convicção de ser *ad corpus.* Ali, porque rege o art. 1.136, L~ parte, absolutamente; aqui, porque a referência às dimensões são secundárias *(demonstra,tionis gratia)*.

O art. 1.186, l.~ parte, e o art. 1.136, 2.~ parte, e parágrafo único, são invocáveis a propósito de *daçdo em soluto* (Código Civil, art. 996; 4,8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de maio de 1952, *1?. dos 77.,* 202, 130).

Idem, em se tratando de *troca.*

Do art. 1.186, parágrafo único, não se pode tirar que, se há diferença de mais de um vigésimo, a compra-e-venda se há de ter como *ad mensuram.* O art. 1.186, parágrafo único, só incide se há dúvida sôbre se tratar de compra-e-venda *ad corpus* ou de compra-e-venda *ad mensuram,* devido à referência às dimensões: se a diferença é de um vigésimo, ou de menos, há a presunção *iuris tantum.* Se a diferença é de mais, o art. 1.136, parágrafo único, não incide, e o problema de interpretação tem de ser resolvido, para que se saiba sem o auxilio do art.

1.186, parágrafo único, pois que lhe faltam os pressupostos para a invocabilidade se a compra-e-venda foi *ad corpua.* Cf. 6.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo; 8 de fevereiro de 1950: "Coisa muito diversa será dizer-se que se presume ter sido *ad mensuram* a venda, tôda vez que a diferença exceder de um vigésimo.

Pode haver excesso, e, não obstante, ser a venda *ad corpus.* Tudo dependerá das circunstâncias particulares de cada caso concreto" (sem razão, a 2.8 Câmara Civil, a 15 de fevereiro de 1944, *R. dos 77.,* 150, 632).

Se, ao tempo da compra-e-venda, ainda não havia *decreto de declaraçcio de desapropriação ,* o desfalque por desapropriação, não é de responsabilidade do vendedor; de jeito que se não pode invocar o art. 1.186. Cf. 3~A Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de agôsto de 1949 *(R. dos 77.,* 182, 690).

A ação para adimplemento do contrato de compra-e-venda, por ser insuficiente a área vendida *ad mensuram,* não impede

a propositura posterior da ação de resolução ou de abate pco~ porcional do preço, se verificado ser impossível ao vendedor completar a área (cf. 4,a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1.0 de abril de 1948, *R. dos T.,* 174, 661; 2.0 Grupo de Câmaras Civis, 19 de agôsto de 1948, 176. 562).

O fato de ter o comprador dispôsto do terreno comprado não lhe exclui as ações do art. 1.186 (sem razão, a 1.~

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1.0 de fevereiro de 1943, *fl. dos T.,* 144, 642). Mesmo em caso de doação, há a ação dos donatários contra o vendedor, sendo assistente na ação o comprador doador (1.8

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de agôsto de 1941, *R. dos 77.,* 133, 120), ou terceiro adquirente que doou.

7. TRIBUTOS QUE RECAEM NO BEM IMÓVEL. Diz o Código Civil, art. 1.137: “Em tôda escritura de transferência de imóveis, serão transcritas as certidões de se acharem êles quites com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal de quaisquer impostos a que possam estar sujeitos”. Parágrafo único:

“A certidão negativa exonera o imóvel e isenta o adquirente de tôda responsabilidade”. Primeiramente, é de observar-se que se trata de tributos que recaem no bem imóvel, e não só de impostos. Em segundo lugar, não se cogita de todos os impostos referentes ao imóvel, mas sim sómente dos que recaem sôbre êle. O impOsto de enriquecimento imobiliário nada tem com o comprador.

t preciso, em todos os casos, que o impOsto ou taxa recaia sôbre o bem imóvel, isto é, que deva o tributo o *dono* ou *possuidor* do bem imóvel, O impOsto territorial e o impOsto predial são dois dos casos principais. Também o é o impêsto de construção de edifícios (1.8 Turma do Supremo Tribunal Federal, 6 de outubro de 1941, *1?. F.,* 90, 124> ou impOsto de edificação.

A certidão negativa, se não é nula por incapacidade, ou incompetência do funcionário público que a passou, ou da repartição, ou por falta de requisitos de forma, faz fé; em conseqüência , o comprador não é responsável pelos tributos que em verdade devia o vendedor (2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de maio de 1945, *1?. dos 77.,* 159,122; □

7 a Câmara Civel do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 31 de

janeiro de 1947, E. F., 113, 425).

No Decreto n. 22.866, de 28 de julho de 1933, art. 2.0, diz-se que "se consideram feitas em fraude da Fazenda Pública as alienações ou seu comêço realizadas pelo contribuinte em débito". Fraude está, ai, no sentido do art. 53

do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, ou do art. 79 do Decreto-

-lei n. 9.346, de 10 de junho de 1946, ou dos arts. 1O~3□->13 do Código Civil. De modo nenhum o conhecimento da insolvência do vendedor pré-retira a incidência do art. 1.137, parágrafo único, do Código Civil. Se a Fazenda Pública pode propor a ação dos arts. 113-116 do Código Civil, ou a do art. 79 do Decreto-lei n. 9.346, de 10 de junho de 1946, ou a do art. 53 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, é outro problema (confuso o acórdão da 3~a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de fevereiro de 1943, E. *dos 77.,* 143, r

107).

§ 4.288. Compra-e-venda de patrimônio

1. PRELIMINARES. O objeto do contrato de compra-e-venda pode ser *património,* universal ou especial, e são de invocar-se os arts. 54, II, 55-57 do Código Civil (Tomo II, §§ 121, 185, 2, 3, 154; V, §~ 595, 596, 602, 3, 4, 5, 8; XII, §§ 1.287, 4; XIV, §§ 1.575, 1, 1.582, 3; XV, §§ 1.769, 2, 1.803, 1, 1.804, 6; XVII, § 2.135, 1; XIX, §§

2.301, 1, 2, 2.304, 4, 2.306, 1, 2.807, 1, 2, 2.332, 2.360, 1, 2.398, 2, 2.498, 2; XX, § 2.563, 4; XXII, § 2.754,4; XXV, § 3.009,3; XXIX, §§ 8.389,4,10, 12, 3.423,8; especialmente, V, §§ 595-602).

Qualquer patrimônio composto de objetos *vendiveis* (e *cessiveis)* é suscetível de ser vendido.

Se há dois ou mais patrimônios que pertençam à mesma pessoa, tem-se de caracterizar o que se reputa objeto da compra‟e-venda.

2. COMPRA-E-VENDA DE HERANÇA. A compra-e-venda da herança é compra-e-venda de patrimônio especial (não se vende o que está no patrimônio do vendedor sem ser a herança de que se trata). Pode dar-

se que se tenha concluído *contrato aleatório* <Código Civil, arts. 1.118-1.121; Tomo XXXVIII,

§§ 4.259 e 4.260), mas, para que isso aconteça, é preciso que não se saiba se existe bem que faça não ser negativo o inventário, ou que não torne extremamente abaixo do preço o que se compra. A comutatividade pode existir mesmo se não foram determinados todos os bens, como pode ser aleatório o contrato de compra-e-venda da herança se houve a determinação, sem poder haver a certeza sôbre o valor.

Na compra-e-venda de herança, o vendedor responde pelos vícios do titulo; não pela deterioração ou perecimento dos bens que estariam contidos nela, nem pelos vícios de direito e de objeto de tais bens.

O vendedor da herança que antes já a vendera responde como o vendedor de bem imóvel que já o houvesse vendido.

3. COMPRA-E-VENDA DE EMPRÊSA OU ESTABELECIMENTO.

A compra-e-venda de emprêsa, como a compra-e-venda de herança, é compra-e-venda de patrimônio. Não se cede patrimônio, vende-se. Daí a incidência das regras jurídicas sôbre vícios do direito e sôbre vicios do objeto, como a respeito de *coisas.*

Quando se vende a emprêsa, nela estão compreendidos a instalação, o mobiliário, a maquinaria, os armazéns, os créditos que resultarem da atividade ou dos bens da emprêsa, direitos, de propriedade ou não, que se incluem no seu haver, a firma social, a clientela, os segredos, os métodos de trabalho e outros valôres. O vendedor tem de atender a que a transmissão de alguns direitos exige cessão, endôsso ou registo de transferência, e a que os documentos e papéis necessários ou úteis hão de ser -entregues.

Não é imoral a venda de consultório médico, ou de advogado, ou de outro profissional, uma vez que se não mantenha o nome. Trata-se de compra-e-venda de perspectiva de ganho, ou de peças necessárias ou úteis ao exercício da profissão, como a biblioteca. Às vêzes está incluída a locação. Não raro o vendedor dá informes, conselhos e recomendações, que são parte do que se vende.

Se na compra-e-venda de emprêsa se pôs algum direito que não existe, ou que deixara de existir, ou perdera a eficácia, o vendedor responde pelo vício jurídico, se foi afirmada, explícita ou implicitamente, a existência, ou a eficácia. A nulidade de contrato é vício jurídico; bem

assim, a anulabilidade.

4.CONTEÚDO E EORMA DA COMPRA-E-VENflÂ DE EMPRÉSA". A compra-e-venda da emprêsa ou estabelecimento é compra-e-venda de *universalidade de fato.* Supôe-se unitariedade, para que se tenha como bem o conjunto de bens. Na linguagem vulgar, fala-se de *cessão do estabelecimento,* o que é têrmo impróprio, ou de *traspasso.* Promete-se transferir o conjunto unitário, com todos os haveres e débitos, e não só os haveres. Alguns bens são suscetíveis de direito de propriedade, sejam corpóreos sejam incorpóreos; outros, não. Mas a figura da compra-e-venda predomina, pôsto que se possa pensar em doaçáo da emprêsa, ou dação em soluto, ou, até, em troca. Os bens, cuja titularidade se há de transferir, são os bens e as pertenças. „Compreendem-se nêle o aviamento, a clientela e a técnica de produção e de organização, os utensílios, máquinas, a insígnia, os livros de escrituração, o arquivo e a correspondêneia. (Se a compra-e-venda é só de parte ou de patrimônio compreendido na úniversalidade de fato, os livros, no que não comuns às partes ou aos patrimônios componentes da emprêsa, continuam comuns ao vendedor e ao comprador, ou aos compradores de partes ou patrimônios distintos.) O preço pode ser um só, ou a soma dos valôres que se atribuiram a cada um dos elementos, ou a grupos de r

elementos.

O que estava incluso na universalidade de fato tem-se como vendido, salvo cláusula explícita ou implícita em que se disponha o contrário.

Se os débitos foram assumidos pelo comprador é questão de interpretação do negócio jurídico, sem que exista regra jurídica dispositiva a respeito. Mas a compra-e-venda do patrimônio, do fundo de emprêsa, compreende ativo e passivo.

1k regra, no contrato de compra-e-venda da emprêsa se precisa até que ponto o comprador assume as dividas, ou se enumeram as dívidas.

Com a compra-e-venda da emprêsa, os credores ficam legitimados ativos contra o comprador e só se exonera o vendedor se a respeito de cada um se fêz eficaz a assunção da divida ou das dívidas, ou se todos se declararam de acOrdo com a transferência dos créditos. O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de agôsto de 1915 *(R. dos fl,* 15, 80), decidiu que assumir o pagar o *passivo escriturado* não é assumir, também, a dívida dos impostos fiscais (vencidos) e as dívidas que não constam da escrituração. Todavia, devemos entender que compreende

a assunção das dividas fiscais ainda não vencidas e as que concernem a bens que se estão transportando ou expedindo.

Quanto às cessões de créditos, a eficácia contra o devedor depende da notificação (Código Civil, art. 1.069), razão por que o devedor que paga, antes de notificação, ao credor primitivo, fica exonerado, bem assim aquêle que, no caso de duas ou mais cessões notificadas, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título da cessão, o do crédito cedido (Código Civil, art. 1.071). A notificação pode ser por edital, ou anúncios, ou em circulares dirigidas aos credores. O edital, o anúncio e as circulares têm de ser assinados pelo vendedor e pelo credor.

O comprador, para que possa usar as expressões “sucessor de. - . “, tem de ter autorização do vendedor.

Se no patrimônio se inclui bem imóvel, cuja venda só se possa fazer por instrumento público, o contrato de compra-e-venda da emprêsa tem de ser por instrumento público. Se não há bem imóvel, pode ser por instrumento particular revestido das formalidades do art. 135 do Código Civil, ou, por se tratar de compra-e-venda comercial, por instrumento particular assinado pelos dois contratantes.

5.ENTREGA DÁ EMPRÉSA OU ESTABELECIMENTO. A entrega da emprêsa ou estabelecimento é tradição.

O simples fato de existirem bens corpóreos e incorpóreos, suscetíveis de posse, e documentos que são pertenças de direitos creditórios, torna a universalidade de fato bem possível. A tradição é, quase sempre, com a entrega das chaves da casa e dos cofres e gavetas. Há o inventário que menciona os elementos compreendidos no patrimônio.

Se há bem imóvel, não é preciso que a respeito dêle se faça contrato de compra-e-venda à parte. Basta que, por instrumento público, se lavre o *acOrdo de transmissão da propriedade,* a fim de se fazer a transcrição no respectivo registo. Não haveria óbice a que, feitos por instrumento público o contrato de compra-e-venda da emprêsa e os acôrdos de transmissão, se utilizasse para a transmissão o instrumento, mas há inconveniências práticas que se devem evitar. Por outro lado, nach impede que o acôrdo de transmissão, feito depois, aluda à ~ua primeira instrumentação.

Com a transferência da titularidade da emprêsa nem sempre a clientela se conserva, porém não se pode ver na compra-e-venda da clientela cláusula que implique aleatoriedade „do negócio jurídico. Apenas o comprador suporta o risco. Pode acontecer, em vez disso,

que a clientela cresça. O vendedor, êsse, se desvia, ou se cria dificuldades à conservação da freguesia, responde pela infração do contrato de compra-e-venda, ou, se a ilicitude dos atos existia mesmo se não tivesse sido o vendedor da emprêsa, pelo ato ilícito absoluto (Código Civil, art.

159>.

A transferência da suportação dos riscos opera-se como a respeito de quaisquer outras compras-e-vendas. A responsabilidade do vendedor, perante o comprador, é a mesma que teria se vendesse cada um dos bens que compõem o patrimônio, se cedesse cada um dos créditos e fizesse o comprador assumir cada uma das dívidas da emprêsa. Os arts. 214 e 215 do Código Comercial incidem. Não pode fundar ou adquirir outra emprêsa que retire a clientela ou parte da clientela da emprêsa que vendeu, nem fazer propaganda ou insinuação que lhe desvie a clientela. Tal responsabilidade existe mesmo se no contrato se diz que o vendedor não assume qualquer responsabilidade. A compra-e-venda de bens sem a clientela não é compra-e-venda de universalidade de fato, não é compra-e-venda de emprêsa.

No contrato de compra-e-venda, pode ser regulado, quanto ao lugar e ao tempo e aos objetos de produção ou de venda, o reestabelecimento do vendedor (a Câmara „Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de outubro de 1

1908, 1?. *de D.,* 11, 115 5.; Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de dezembro de 1918 e 21 de agOsto de 1914, *R.*

dos T., VIII, 241, e 11, 70). Quando se compra o estabelecimento, o fundo de emprêsa, entende-se que se compraram o ativo e o passivo. Se houve referência ao balanço e no balanço falta a menção de r

determinada divida, ou de algumas dívidas, isso não pré-elimina a responsabilidade do comprador, mesmo se foi registado o contrato de compra-e-venda, acompanhado do balanço (Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 27 de abril de 1950, *R.J?~,* 186, 490). Ter-se-ia de expressamente convencionar que o vendedor continuaria o único responsável pela dívida, o que poderia não ser eficaz ou ser objeto de ação revocatória, em caso de declaração de abertura da falência do vendedor.

O comprador pode declarar que “somente assume os débitos tais” (Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de junho de 1957, .7?. *dos T.,* 268, 244).

A cláusula de poder abrir outra casa comercial, que desvie, dificulte ou retire a clientela que foi transferida, com o estabelecimento, ao comprador, tem de ser expressa.

CAPITULO V

COMPRA-E-VENDA “LATO SENSU”

§ 4.289. Precisões

1.COMPRA-E-vENDA E CESSÃO. Conforme temos dito, os regimes jurídicos da compra-e-venda *stricto sen.su,* da compra-e-venda *lato sen.su* e da compra-e-venda *latissimo sensu* tinham de ser diferentes. A cessão de créditos, a cessão de direitos que não são creditórios, nem de domínio, nem de posse, e a compra-e-venda de bens corpóreos ou incorpóreos suscetíveis de domínio e de posse, não cabem no mesmo quadro jurídico rígido.

Na prática, a troca dos nomes (compra-e-venda, cessão) é sem relevância. O intérprete tem de examinar o caso para saber de que espécie de negócio jurídico oneroso se trata.

2. CESSÃO DE DIREITOS SOBRE ELEMENTOS DA PROPRIEDADE.

A transmissão do usufruto, do uso ou da habitação, nos térnios dos arts. 717, 745 e 748 do Código Civil, do direito de penhor, da hipoteca ou da anticrese, ou do direito do locatário rege-se pelo art. 1.078, mesmo quando se haja falado de compra-e-venda.

§ 4.290. Compra-e-venda (ou cessão) de direitos não-creditórios

1.TÉCNICA LEGISLATIVA. Na técnica legislativa, ou a)se põem os direitos que não são o de domínio ou o de posse como objeto do contrato de compra-e-venda (e é frequente nos sistemas jurídicos), ou ii) se dedicam a êsses direitos regras jurídicas especiais, ou o) se fazem objeto de cessão, à semelhança da cessão de crédito. A solução *o* foi, literalmente, a do Código Civil, art. 1.078: “As disposições dêste Título” o da cessão de crédito

"aplicam-se à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência". Pôsto que *ceder* não seja só *vender,* a atitude do legislador não se afasta muito das soluções o) e *b)*.

Em todo o caso, na compra-e-venda , a propriedade não se transmite com o contrato de compra-e-venda, e depende do adimplemento, que, aliás, pode ser simultâneo (imediato, conceptualmente), ao passo que, na cessão, a transmissão ocorre. Apenas, a eficácia, em relação ao sujeito passivo do direito, depende da notificação (Código Civil, art. 1.069> e, se houve pluralidade de cessões, prevaleu a cessão que se completou com a *tradição* do titulo.

Na transmissão dos direitos mais se necessita do acôrdo de transmissão <negócio jurídico dispositivo> do que do contrato de compra-e-venda, que é consensual. Os pressupostos para a transmissão são os que a classe do direito exige. Não há solução a p *riori.* Os créditos, êsses, foram assunto dos arts. 1.065-1.077 do Código Civil. Os créditos garantidos com direitos reais também se transferem conforme a sua classe e a transmissão do direito real de garantia opera-se segundo as regras jurídicas que a regem.

Em qualquer das espécies, o transmitente está obrigado à atividade necessária à transmissão e para que o outorgado adquira a titularidade.

Quer se chame compra-e-venda quer se chame cessão a transmissão de direitos que não são de propriedade, nem de crédito, o outorgante tem de transferir ao outorgado o direito de que se cogita conforme o conteúdo do negócio jurídico bilateral Se o direito não tem o conteúdo que se prefigurou, responde o outorgante pelo *vicio juridico.* No art. 1.107 do Código Civil fala-se de contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, poss~ ou uso, o que permitiria discutir-se se a cessão de direitos que não são créditos, nem são domínio, posse ou úso está incluída nos r

contratos que permitam a pretensão à responsabilidade pela evicção. A resposta é afirmativa (Tomo XXXVIII, §

4.216, 1). Aliás, na própria cessão

de crédito há responsabilidade pelo vício jurídico (Código Civil, art. 1.078; cp. art. 1.076, sôbre a cessão de crédito e pois sôbre a cessão de outros direitos, conforme o art. 1.078 se por fôrça de lei).

Sempré que se poderia opor ao cedente *exceção,* está êle, antes disso, vinculado à eliminação do que a fundamentaria.

2. RESPONSABILIDADE DO CEDENTE. O cedente responde ao cessionário pela *existência* do direito ao tempo em que lho cedeu, quer o direito seja de crédito (Código Civil, art. 1.078) quer não (art. 1.078), de modo que não há a nulidade pela impossibilidade da prestação ao tempo da conclusão da cessão. A impossibilidade objetiva não invalida a cessão. O art. 145, ~ 23 parte, do Código Civil não pode, aí, ser invocado, ao passo que o vendedor de coisa que não existe nulamente prometeu. Assim, o cedente de direitos creditórios e o de direitos que não são créditos, nem domínio, nem posse, fica vinculado à indenização dos danos pela impossibilidade ao tempo da conclusão da cessão.

8. DIREITOS NÃO-CREDITÓRIOS E CESSÃO. Discutiu-se a *ratio legis* da regra jurídica segundo a qual o cedente ou vendedor *lato seneu* ou *latissimo seneu* responde pela existência do direito cedido, ao tempo da conclusão do negócio jurídico. O cedente dos direitos de locatário, ou do direito de penhor, ou do direito de crédito tem de indenizar os danos que tal cessão causou ao cessionário, embora o vendedor do touro que, ao tempo da compra-e-venda, estava morto, sem que disso tivesse conhecimento o vendedor, não responda pelo inadimplemento, pois não se criara, vàlidamente, o contrato de compra-e-venda. Quando se cede crédito, ou direito Que não é de domínio, nem de posse, implicitamente se afirma a sua existência. Cumpre, porém, observar-se que tal afirmação implícita pode não existir (= tal afirmação não poderia ser crida), como se A cede usufruto ao pretenso proprietário em alguma parte que é fora do comércio, como o oceano *(e. g.,* L.

ENNECCERUs-H. LEHMANN, *Lehrbuch,* II, 2, 409; PALANDT, *Rhirgerlicites Gesetzbuoh,* 143 ed., 452 5.; sem razão, PH. HEOIC, *Grundriss des Soituidrechts,* 286). Cf. Tomo XXIII §§ 2.882, 2, 2.840 e 2.841. Se o direito só é transmissível em certos casos como se passa com o usufruto, o uso e a habitação, não se pode pensar em cessão válida se, *in ca.su,* não poderia ser cedido; mas, ai, à base da nulidade está o art. 145, V, do Código Civil, e não o art. 145, ~ 23 parte. A cessão do *exercicio* é outro negócio jurídico.

Quando o direito, que se cede, implica o direito de posse, como se dá com o penhor, o cedente é responsável pela indenização dos danos, sempre que haja algum direito de outrem que lhe dê a posse, ou uma das posses *(e. g.,* se se cedeu o exercício do usufruto e o bem estava locado) -

O cedente de direito que não é domínio, nem posse, não responde pelos *vicios do bem* a que se refira o direito. Por exemplo: o cedente do direito de hipoteca não responde pelos vícios do bem hipotecado; o cedente do direito de penhor sôbre a jóia não responde pelo vicio objetivo da jóia, como não ser feita de ouro bom, ou ser falsa ou defeituosa a esmeralda (assim, por exemplo, Fa. LEONHARD, *Besonderes Sch.uldrecht,* 45; WALTEa ERMAN, *Han.dkommentar zum* 8GB., nota 1 ao ~459; li ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Leh.rbuch.,* II, 2, 422; PATJANDT, *Biirgerliches Gesetzbuch,* 143 ed., 471). Sem razão, WERNER FLUME *(Eigenschaftsirrtum und Kauf,* 177 sj.

4.OUTORGA QUANTO A DIREITOS EM SOCIEDADE. Se o contrato é sôbre todos os direitos sociais, ou da maioria das quotas de uma sociedade, há compra-e-venda de emprêsa, ou do contrôle da emprêsa. Então, regem os princípios da compra-e-venda, e não os da cessão de direitos, pois é o patrimônio ou o poder decisivo sôbre êle que se vende (PALANDT, *Riirgerlicites Gesetzbuch.,* 143 ed., 471; F. SCHOLZ, *Kommen.tar* z. *Gesellschaften mit beschrdnkter Haftun.g,* 23 ed., 190>. Na última espécie, há algo de intercalar entre a compra-e-venda de patrimônio e a cessão de direitos.

5.TÍTULOS DE CRÉDITO, SE HÁ INCoRPORAÇÂO. <a) Se o crédito está incorporado ao título, de modo que se possa considerar a êsse bem móvel, há compra-e-venda, e não cessão de direito. A cessão do direito ficou embutida na compra-e--venda do titulo. Os princípios sôbre os vícios objetivos ou materiais incidem, mesmo se o título é à ordem.

(1» Em se tratando de direitos de crédito não incorporados em titulo, pode o título ter grande relêvo, como se houve duas ou mais cessões (Código Civil, art. 1.070) aí, o título é pertença do crédito, mas pode o vício material importar vício jurídico *(e. g.,* não se pode cobrar o crédito porque falta um pedaço, ou está borrada ou raspada a r

assinatura) - Uma vez que o vicio se há de considerar, *in casu,* vício jurídico, a falta do outorgante importa inadimplemento. (Se o direito estivesse incorporado, a dúvida seria quanto a ser caso de evicção au de responsabilidade por vicio material.)

Quer na espécie (a) quer na espécie (b), tem-se de verificar, antes, se o vicio é do objeto (ou só do objeto), ou se é do direito (ou, em conseqUência, do direito>.

O outorgante, nas operações de alienação de títulos ao portador e de

títulos à ordem, é *vendedor* (o endossante vende). Tem-se o título como bem corpóreo. O outorgante responde pela existência do direito; portanto, pela verdade da subscrição e pela validade da declaração de vontade, pois, sem essa, não se irradiaria o direito.

A respeito do endôsso, cumpre observar-se que êle é *abstrato.* Quando se diz que o endossante vende, é porque se alude ao negócio jurídico causal subjacente, ou justajacente, ou sobrejacente. Aliás, isso também ocorre com os títulos ao portador, pois a transferência da posse própria e, em conseqUência, da propriedade é abstrata. A compra-e-venda de títulos ao portador é negócio jurídico causal de que resultou a transferência.

Se não houve contrato de compra-e-venda, pode ter havido doação, dação em soluto ou negócio jurídico fiduciário,

6. BENS QUE NÃO SÃO CRÉDITOS NEM COISAS. Os bens incorpóreos que não são coisas não podem ser comprados-e-vendidos, em sentido estrito. São alienáveis por cessão. Todavia, se constituem patrimônio especial, ou parte integrante dêle mas separável, sem serem, só por si, objeto de cessão de crédito, ou de direito, tais bens podem ser objeto de contrato de compra-e-venda. Não se cede a clientela; vende-se a clientela. Não se cede a herança, vende-se a herança. Não se cede o segrêdo de fabricação; vende-se o segrêdo de fabricação (L.

ENNECCERUS -E. LEHMANN, *Lekrbuch,* II, *2,* 890; PALANDT, *Burgerliches Gesetzbuck,* 14.~ ed., 443 5.; sem razão, FE. LEONHARD, *Besonderes Sckzddrecht, 4* 5.; PH. HECE, *Grundrise*

<*Les Schuldrechts,* 287 e.). O segrêdo de fabricação, como a invenção e os outros fatos que podem dar ensejo à propriedade industrial ou intelectual devem ser tratados como s *pes,* esperança, da propriedade.

A transmissão do direito a serviços não pode ser finalidade de contrato de compra-e-venda. O caso seria de cessão de crédito.

PACTO DE RETROVENDA

§ 4.291. Conceito e ngtureza do pacto de retrovenda

1.CONCEITO E FINALIDADE. No contrato de compra-e--venda, pode o vendedor incluir que o comprador há de retravender-lhe a coisa (no

direito brasileiro, poderia parecer que o pacto só se pode referir aos imóveis), em certo prazo, restituindo o preço. t o pacto *de retrovendendo.* Dêle cogitou o Código Civil, art. 1.140: "O vendedor pode reservar-se o direito de recobrar, em certo prazo, o imóvel, que vendeu, restituindo o preço, mais as despesas feitas pelo comprador". E o parágrafo único acrescentou: "Além destas, reembolsará também, nesse caso, o vendedor ao comprador as empregadas em melhoramentos do imóvel, até ao valor por êsses melhoramentos acrescentado à propriedade". No direito romano, também havia o pacto *de retroemendo,* pelo qual o vendedor se sujeitava à *retrocompra.* O art. 1.140 do Código Civil só se refere à retrovenda, pôsto que o art. 1.141 fale de resgate, ou "retracto". PRÓCULO, na L. 12, D., *de praescripti-s verbia* a *in. factum actionibus,* 19, 5, falou da convenção de retrovender, se o vendedor de agora viesse a querer *(se ipse vellet).* Na L. 2 (Alexandre Severo), O., *de pactis inter emptorera et venditorem com positis,* 4, 54, aludiu-se ao pacto para ser exercido o direito à retrovenda *a qualquer tempo,* ou *dentro de certos prazos,* "quandoque vel intra certa tempora". Quem vende com cláusula a retro diz-se, em boa linguagem portuguêsa, que "arretra", ou, com a queda do *r,* que arreta.

O Código Civil semente falou da retrovenda de bem imóvel <art. 1.140, *verbis* "recobrar ... o imóvel">. Isso não quer dizer que o sistema jurídico brasileiro sómente admite o pacto de retrovenda de bem imóvel. O art. 1.142 do Código Civil tem a incidência que teria, em se tratando de bem móvel: quem compra bem móvel não lhe adquire, só por êsse negócio jurídico, a propriedade; hão de haver os acôrdos de transmissão da propriedade e da posse, com a eficácia que resulte de ter o vendedor a propriedade e a posse, para poder transmiti-Ias. O terceiro que é o dono, ao tempo do retracto, não pode sofrer reivindicação, e a eficácia pessoal contra êle depende de ser tratado como adquirente de bem alheio.

No contrato de compra-e-venda, o vendedor pode pactar que tenha êle o *direito de retrovenda* ou *direito de retracto.* A forma não é necessariamente a que se exigiria ao contrato de compra-e-venda; e pode não ser proibido a quem vendea comprar a coisa vendida *(e.* g, o empregado público que vendeu à União o terreno pode r

incluir o pacto de retrovenda, cp. Código Civil, art. 1.188, 1).

Quase sempre a compra-e-venda com pacto de retrovenda atende a dificuldades econômicas do vendedor, que, *in casu,* as reputa passageiras.

Trata-se de *direito formativo gerador.* Mediante o~ seu exercício surge a relação jurídica de compra-e-venda, cujo conteúdo se preestabelecera. A situação do titular do direito formativo gerador de retrovenda é semelhante, porém não idêntica, à do destinatário da oferta de compra-e-venda, que tem prazo para a aceitação. Ali, já há negócio jurídico bilateral; aqui, não: há vinculação diferente, antes de se concluir o negócio jurídico bilateral.

(Pode-se pensar em que,. por manifestação unilateral de vontade, alguém prometa vender o que comprou. O

direito formativo gerador nasce, a despeito de não ter havido pacto. Cf. A. VON TUHR, *Der Aligemeine Teu,* II, 458, nota 2.)

2. DIREITO FORMATIvO GERADOR DE RETROCOMPRA. O Código Civil disciplinou o direito formativo gerador a favor do vendedor; não do comprador: Dai a questão: ~é pactável, no direito brasileiro, a retrocompra?

Para a solução, é preciso partir-se de que o próprio pacto a favor do vendedor pode ser fora do contrato de compra-e-venda (pacto posterior de retrovenda), bem assim o pacto a favor do comprador. Tudo se cifra em se saber se pode ser inserto no contrato de compra-e-venda. A resposta é afirmativa: a lei civil, formulando as regras jurídicas dos arts. 1.140-1.143, sôbre o pacto a favor do vendedor, não cerceou a autonomia da vontade; apenas edictou normas sôbre o pacto que reputou mais freqúente.

Se o pacto a favor do comprador fôr inserto no contrato de compra-e-venda, tem-se de consultar, *mutatis mutandis,* o que se estatuiu sôbre o pacto a favor do vendedor (E. LERMANN, em L. ENNECCERUS, *Lehrbuch,*

~ 31A-353 ed., 393, nota 1).

3.EXAME DAS TEORIAS SOBRE O PACTO DE RETROVENDA.

a) *Teoria da retrovenda pré-contrato.* Procurou-se construir o pacto *de retrovenden~do* como pré-contrato (G.

DEMELIUS, 1<. A. D. UNTERHOLZNER, CHR. Fa. MÍYHLENBRUCH, CHR. FR. GiÚcIC, F. G. L.

STRIPPELMÁNN, C. F. F. SINTENIS,C. F. KocH e J. A. GRUCHOT) -

Pode-se pré-contratar retrovenda como se pode contratar qualquer compra-e-venda. Histáricamente, o *pactum de contrakendo,* incluside o *de vendendo* e o *de emendo,* foram posteriores. Em verdade, porém, pelo pacto *de retrovenden,do* não se pré-contrata: cria-se a favor do vendedor direito formativo gerador. A teoria, de que falamos, em vez disso, aponta três negócios jurídicos: a compra-e-venda originária; o pré-contrato de compra-e-venda; a compra-e-venda inversa (retrovenda). O pacto de retrovenda seria apenas promessa, pacto *de vendendo* (C. F. F. SINTENIS, *Das praktisehe gemeine Civilrecht,* II, 467; Cmi. FR. voN GLtICK, *Ánsfiihrliehe Erlàuterung der Pandecteu,* 16, 200). Em todo o caso, E. G. L. STRIPPELMANN *(Sammlung,* 260) atendeu à ligaçáó da promessa ao contrato de compra-e-venda; e J. A. GRUCHOT *(Beitrdge,* 587), como já U. ZASIUS *(Consitia XII,* n. 36: "Pactum retrovendendi pars est pretii"), a que o pacto atua no preço. Sob o Código Civil alemão, contra a teoria do pré-contrato, L. ENNECCERUS *(Burgerlichos Recht,* II, 550), P. OniTMANN *(Das Recht der Schuldverhàttnis8e,* 217), R. STAMMLER *(Das Recht der Schuldverhditnisse,* 18) e F. ScHoLLMEYER *(Das Recht der einzelncn Schuldverhiiltnisse,* 23).

b) *Teoria da retrovenda-resolução.* Ptocurou-se explicar a retrovenda pela resolução do contrato de compra.e.venda..

Assim, A. BECHMANN *(Der Kauf,* II, 582 e 584) e L. KUHLENBECK *(Von den Pandekten zum biirgerlichen Gesetzbuch,* II, 268). Mas isso não só se chocaria com a eficácia *ex tino,* como também fugiria às características dos dois institutos, que podem ser empregados no mesmo contrato, ou resultar de infração a resolução (art. 1.092, parágrafo único).

c) *Teoria da pretensdo de 80t?4a0.* O" pacto *de retroven dendo* reservaria ao vendedor o direito de pagar o preço da coisa vendida, como pretensão de solução. No direito comum, tal o que sustentaram L. *J.* F. HaPFNER-A. D.

WEEER *(Komment ar,* 802> e H. DEGENXOLB *(Der Begriff de8 Vorvertrag,* 22 s.).

d) *Teoria do direito tormativo gerador,* em que evoluiu a teoria c). Ambas afastaram os inconvenientes da teoria da resolução, inclusive quanto à fixabilidade negocial do preço a ser pago. Seguiram-na F. SCHOLLMEYER

(Das Recht der einzelnen Schuldverhdltnisse, 28), A. voN TUHR *(Der AUgemeine TeU,* III, 278, nota 58) e outros.

e) *Teoria da oferta de retrovenda.* Veio de G. PLANOS *(BUrgerliche8 Gesetzbuch,* 1, 271), que via no pacto *de retrovendendo* oferta (irrevogável) do comprador ao vendedor, com prazo para aceitação.

f) *Teoria da retrovenda condição suapenaiva.* Já no direito comum aparecia *(e. g., G.* C. TREITSCHKE, *Der* r

Kaufkontrakt, 202). Adotaram-na L. ENNECCERUS *(Das Riirgerliohe Recht,* II, 271), Ii. LEHMANN

(Lehrtuch, ~I, 85.~ ed., 458>, Fa. LEoNHARD *(Besonderes Schuldreoht,* 98), ERICH MCLITOR *(Schuldrecht,*

~ 2.~ ed., 48), 2H. HECK *(Grundrias des Schuldrechts,* 284), PALÁNDT *(Bitrgerliches tesetzbuch,* 14~a ed., 501). Seriam, dois os contratos, o originário, e o *actua contrarius,* sob condição suspensiva. Para FE.

LEONHARD, subespécie de compra-e-venda potestativa.

Há *relaçdo juridica* antes de se exercer o direito à retrovenda, porque dessa relação jurídica, criada pelo negócio jurídico *do retrovendendo,* é que deriva o direito à retrovenda. Após o exercício do direito à retrovenda, a *relaçdo juridica* é outra. Note-se que a teoria da oferta de retrovenda e a da condição suspensiva eliminariam a pretensão no tempo anterior & formação da segunda relação jurídica: „%.. ante condicio nem non recte agi, cum nihil interim debeatur" (L. 18, § 5, li, *de pignoribus et hvpothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum,* 20, 1); salvo o efeito (mínimo) da irrevogabilidade. Ter-se-ia de lançar mão da *condictio indebiti* (L. 16, pr., D., *de condictione indebiti,* 12, 6: "Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem exaistente repeti non potest"; art. 964, alínea .a: "A 2

mesma obrigação incumbe ao que recebe divida condicional antes de cumprida a condição") -

Há o direito formativo gerador, criado pelo pacto. Não há falar-se de condição potestativa. O negócio jurídico estabeleceu o direito de retrovenda, direito formativo gerador. Às vêzes, as próprias leis criam tal direito.

Como direito formativo gerador, o direito de retrovenda não está sujeito a prescrição. O prazo é preclusivo, seja oriundo de cláusula seja o fixado pela lei. Diz o Código Civil, .art. 1.141: "O prazo para o resgate, ou retracto, não passará de três anos, sob pena de se reputar não escrito, presumindo-se estipulado o máximo do tempo, quando as

partes o não determinarem". E o parágrafo único do art. 1,141: "O prazo do retracto, expresso ou presumido, prevalece ainda contra o incapaz. Vencido o prazo, extingue-se o direito ao retracto, e torna-se irretratável a venda".

4.EM TORNO DÁ NATUREZA DO PACTO DE RETROVENDA. Muito se há discutido, como vimos, a natureza do pacto de retrovenda, *a) G.* PLANCK *(Bitrgerliohes Gesetzbuch,* II, 271) e F. ENDEMANN

(Lehrbuch, 1, 1012) apontaram na reserva de retrovenda oferta de comprador ao vendedor, que, no momento mesmo, aceitaria a declaração. O Código Civil, art. 1.140, diz exatamente o inverso *(verbie* "o vendedor pode reservar-se") portanto, quem aceitaria seria o comprador. *b)* Para F. ScEOLLMEYER *(Das Reoht der einzelnen Sehuldverh?tltnis8e,* 40 s.), seguido por P. OERTMANN *<Das Rech,t der Schuldverhtiltnisse,* 485), A. VON

TUHR *(Der Allgemeine TeU,* III, 278, nota 58) e a 4.~ ed. de G. PLANOS *(Kommen.tar,* II, 2, 108, 8>, o direito à retrovenda é o direito do vendedor, criado pela declaração da reserva, a fazer surgir relação obrigacional recíproca (não convencional), que se trata à semelhança das obrigações oriundas do contrato de compra-e-venda, *o)* Tentou-se mostrar no direito à retrovenda direito convencional de resolução, o que se chocaria com a realidade, pois não há retroatividade (cf. Código Civil, art. 1.140) - Tão-pouco é de se ndmitir a concepção de propriedade resolúvel *(e. g.,* COELHO DA ROCHA, *Instituições,* II, 641; CLÔVIS BEvILÁQUA, *Código Civil comeu.talo,* IV, 311, nota ao art. 1.040, em contradição consigo mesmo, 818 s., nota ao art. 1.142; M. 1. CARVALHO DE

MENDONÇA, *Contratos no Direito Civil brasileiro,* 1, 854), ou a de condição (O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 880) - *d)* No direito comum, a opinião dominante era a da construção da retrovenda como *pactum de contraflendo;* mas os juristas dêsse tempo pareciam daltônicos para a diferença entre a obrigação da retrovenda, que exsurge de *pactum de contrahendo,* que se refira à revenda ao vendedor, e a obrigação que se irradia em segundo tempo (em relação à cláusula de retrovenda), da declaração do vendedor, em exercício do direito formativo gerador (êsse irradiado da cláusula de retrovenda> - O comprador não é obrigado a retrovender; a retrovenda opera-se com a declaração do vendedor, titular do direito formativo gerador: o comprador não tem de fazer declarações de compra-e-venda; tem de restituir o bem imóvel, *e>* A construção da reserva de retrovenda como conclusão de retrovenda sob condição suspensiva (emissão da declaração de querer

retrocomprar) é artificial. A declaração não é condição; é ato de exercício de direito, no que não advertiram os seguidores de tal teoria *(e. g.,* L. ENNECCERUS, *Lehrbuch,* II, 893 5.; C. CROME, *£ystem,* li, 488; R. STAMMLER, *Das Recht der SchuldverMltnisse,* 18; A. TEN HOMPEL, *Der Verstandigungszweolc,* 184). Certamente, pactam os figurantes que o imóvel seja revendido ao vendedor quando êsse emita a declaração de vontade, mas essa é ato de exercício do direito formativo gerador; não há condição, nem suspensiva, nem resolutiva; o comprador fica obrigado desde essa declaração:

antes, não havia pretensão, portanto não havia obrigação; havia direito formativo gerador. Por onde se vê que a explicação *b),* provinda de F. SCHOLLMEYER (Das *Recht der einzelnen Schuldverldlltnisse,* 2.8 ed., 40), é a verdadeira.

r

Nas Ordenaç5es Filipinas (Livro IV, Titulo 4, pr.), a retrovenda supunha desfazimento da compra-e-venda: “.. . se o comprador e vendedor na compra-e-venda se acordassem

que, tornando o vendedor ao comprador o preço, que houvesse pela coisa vendida, até tempo certo, ou quando quisesse, a venda fôsse desfeita, e a coisa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição, assi acordada pelas partes, vaI: e o comprador, havendo a coisa comprada a seu poder, ganhará e fará cumpridamente seus todos os frutos e novos e rendas, que houver da coisa comprada, até que lhe o dito preço seja restituido”. A concepção era a da condição resolutiva *(verbis* “a venda fôsse desfeita”), mas chocava-se com a eficácia *ex nuno.* Já assim as Ordenaçóes Afonsinas (Livro IV, Título 40, pr.).

A explicação do pacto *de retrovendendo* pela condição resolutiva potestativa provinha, em parte, da confusão medieval e pós-medieval entre pacto de retrovenda e pacto de retracto convencional, em sentido estrito, institutos diferentes e de origens diferentes.

5.TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. O direito formativo gerador, que nasce de pacto de retrovenda, é transmissível por ato entre vivos, ou a causa de morte. Se o titular o deixa em legado, só se há de entender que deixou o direito de remir, e não o preço. Os credores podem, no concurso, exercê-lo, pois que se arrecada. Pode ser arrestado, penhorado e executado, adjudicado e remido pelo devedor-titular, ou por alguma das pessoas de que fala o art. 986, §§ 1.~ e 2.~, do Código de Processo Civil. A intransferibilidade pode ser

pactada (MXN1JEL DE

ALMEIDA E SOUSA, *Fasciculo de Dissertações,* 1, 800 e.) -Todavia, há distinguirem-se: *a)* intransferibilidade para que o bem imóvel fique, inalienável, com o redimente, e *b)* a intransferibilidade àem essa posteridade de titular. Discutia-se se, na espécie *b),* o ter adquirido o bem em retrovenda, com o preço de outrem e para êsse terceiro, era fraude; e a opinião dominante fôra pela afirmativa. Não há, porém, no direito de hoje, por onde se atacar a redenção, se o pacto não é explícito quanto a ter de ficar com a coisa o redimente.

Compra-e-venda sob condição resolutiva de retrovenda é contradição em si mesma (E. HÃHN, *Der Wied.erkauf,* 18), porque a compra-e-venda se desfaria e não se poderia pensar em venda a retro (excelente, a respeito, já no século XVIII, W.X. A. VON KREITTMAYR, *Ánmerkung ilber deu* Codicem Maxiniilianeum Bavariculfl Civilem, IV, 13). Nem há retroatividade, ou retroeficácia; a segunda venda é que, por ser pelo comprador ao vendedor, é G *retro.*

§ 4.292. Dados históricos sobre o pacto de retrovenda

1.RETROVENDA DE ORIGEM LEGAL E RETROVENDA DE ORIGEM NEGOCIAL. O direito à retrovenda pode resultar da lei *ou* de negócio jurídico. No *Levitito,* XXV, 1, 23-27, 29, 32, está escrito: “Falou outrossim o Senhor & Moisés no monte Sinal, dizendo: Fala aos filhos de Israel e lhes dirás: ... A terz-a também se não venderá para sempre, porqas é minha, e vós sois estrangeiros e meus colonos; Portanto, todos os campos que possuirdes se venderia debaixo da condição de se remirem; Se teu irmão, achando-se pobre, vender uma pequena fazenda, que possui, o parente mais próximo pode, se quiser, remir o que outro vendeu; No caso de não ter parente próximo, e Ole mesmo possa se achar com que remir, Avaliar-se-LO os frutos desde o tempo em que se fêz & venda, e tornará ao comprador o resto, e dêsse modo recobrará a sua fazenda O que vender uma casa, dentro dos muros da cidade, terá liberdade de a remir dentro de um ano. As casas que os Levitas têm nas cidades podem remir-se”. AI, a remição era *ex lege.* No direito romano, a retrovenda procede de negócio jurídico, e não de lei (L. 2, C., *de pactis inter emytoreflt et venditorem compoaitis, 4,* 54>.

Antes da recepção do direito romano, não havia, nos paises alemães, o pacto *de retrovendetêdo.* No direito romano, pensa-se que teve por fito garantir credores. Depois, chamaram-no os juristas *pactunt retrovenditiOfla, pactum reclimenti, charta de gratia, paetnm*

recler,tvtivtttfl, redhibitio pactitia, venditio fiduciarisi. Alguns o confundiram com o *retractua couventiorw* lançavam mão do pacto *de retrovendendo,* para que a venda garantisse o credor, a tal ponto que o direito canônico (C. 5, X, 8, 1"?) chegou a estabelecer que, se *pactum de recuperanda re* aparecia, adjecto à compra-e-venda, se havia de presumir haver penhor, e não compra-e-venda (cf., ainda hoje, o Código Civil suíço, art. 914). Andavam, porém, assaz confundidos o pacto *de retrovendendo* e o pacto *de retracto* (Retractsrecht), instituto germânico de eficácia real (P. LABAND, Pie rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, *Árchiv fiZr die civilistieche Praxis,* 52, 151 s.). Naquele, o alienante retrocompra, nascendo ao adquirente o dever e a obrigação de cmisúntir na transmissão da propriedade; nesse, o alienante faz-se adquirente, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade do primeiro adquirente (daí haver-se pensado em condição resolutiva potestativa, ao tempo em que se não haviam estudado os direitos formativos geradores). Quando PAULO DE CASTRO *(Commentarii in Tiigestum et Codicem,* ad L. 13, D., *de pigneraticia actione vel contra,* r

18, 7) discutia se o vendedor, a favor de quem havia pacto *de retrovendendo,* tinha ação real, ou não, e concluía por admiti-la, era vitima de tal confusão entre o instituto do pacto *de retrovendendo* e o instituto do pacto *de retracto* (certo, A. IMPLENSIS TARTAGNUS, *0-pera Omitia,* Liber 1, cad. 10). Não havia a eficácia real; e exatamente por isso se costumava juntar *pactum de non vendendo,* a fim de poder o titular do direito formativo gerador invocar a L. 54, D., *de diversis reguiis juris antiqui,* 50, 17 (Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet), o que, a despeito do ojue se lê em CINO DA PISTOlA *(Lectura super Codicem,* ad. L. 7, .D;, 4, 51, n. 8: "et hoc approbant conimuniter moderni Doctores"), era de duvidar-se.

8. RETRAC"rO CENTILICIO. O retracto gentilício, na península hispânica, de certo modo impedia que o *ius in re* se transmitisse, antes de esgotado o prazo preclusivo.

No retracto, há *retratação* portanto retração (que é atração para trás, retirar o que se deu e o que se diz, *retrahere)*

-No *~pactunt & retrovendendo,* não. Nada se cancela, nem se revoga, nem se desfaz, nem se retracta, nem se rescinde; exerce-se direito a que o adquirente retrovenda, isto é, revenda a quem vendera.

É preciso evitar-se qualquer alusão a anulação, rescisão, ou desfazimento, tratando-se de retrovenda; seria êrro grave de

terminologia. (JOsÉ ANTÓNIO ELIAS, *Derecho civil general* y *foro) de Espaita,* III, 99, chegou a dar a uma das seções do seu livro o titulo “De la rescision de la cumpra y venta por efecto dei retracto”; idêntica confusão em muitos outros.) Bem assim, qualquer alusão à revogação ou à retratação.

§ 4.293. Pacto de retrovenda e acOrdo de transmissão

1. RETROVENDA E TRANSMISSÃO Se ft escritura de contrato de compra-e-venda do bem imovel não contém o *acordo e transmissão,* de modo que êsse ainda haja de ser feito, não basta A transcrição com eficácia transíativa da propriedade. O pacto de retrovenda entende-se condicionado a êsse acôrdo posterior e, salvo cláusula expressa, o prazo preclusivo é o da data de acOrdo <não da transmissão) - Pode dar-se que a escritura de contrato de compra-e--venda contenha o acOrdo de transmissão, e não se tenha procedido à transcrição; o início do prazo preclusivo é desde a data da escritura, ou do pacto, e a eficácia é a de retrovenda, a despeito de ainda não se haver transferido ao comprador a propriedade. Se a propriedade se transferiu, o pacto de retrovenda não tem eficácia real, de modo que o vendedor retrocomprador pudesse reivindicar. A eficácia ordinária dos pactos *de retrovendendo* é a de criar dever e obrigação ao comprador retrovendedor, tal como aconteceria à escritura de compra-e-venda em que não houvesse o acOrdo de transmissão. A eficácia, devido à transcrição da escritura de compra-e-venda em que o pacto está e devido à letra do Código Civil, art. 1.412, *in fins,* é *erga ornnes,* porém não real.

2. ACORDO DE TRANSMISSÃO . Extraordinàriamente, se ao pacto de retrovenda se acrescenta acOrdo de transmissão, o pacto de retrovenda misturou-se à *cláusula de resolução* e o art. 647 do Código Civil passa à frente: constrói-se, então, a espécie como de propriedade resolúvel, com a eficácia real.

§ 4.294. Forma

1. Requisitos FORMAIS. A reserva de retrovenda requere a mesma forma que a compra-e-venda (Código Civil, art. 134). Se o contrato de compra-e-venda tinha infração de forma, mas a transmissão da propriedade se operou, dá-se a sanação, assim do contrato como do pacto de retrovenda inserto naquele. Se o pacto foi posterior ao

contrato, é preciso que tenha sido anterior à transcrição daquele e seja averbado (cf. O. WARNEYER, *Kommentar,* 1, 881).

2.AFORMALIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO FORMATIvO.

O exercício do direito formativo gerador é aformal, salvo se houve a estipulação do Código Civil, art. 183, que é de admitir-se.

3.TEMPO EM QUE SE PACTA A RETROVENDA. O pacto ou consta da escritura de compra-e-venda ou se faz *ex inter-vaZio.* Basta dizer-se, naquela, que a venda é feita com pacto de retrovenda, ou *de retrovendendo,* ou outra expressão que lhe equivalha. Pode ser por instrumento particular nos casos em que o pode ser a venda do bem imóvel (Código Civil, arts. 184, II, e 185). Desde o Assento de 5 de dezembro de 1770, não mais se pode cogitar da prova por testemunhas, se omissa a escritura de compra-e-venda.

r

4.NEGÓCIO JURÍDICO POSTERIOR AO CONTRATO DE COMPRA--E-VENDA. O direito formativo gerador, que é o direito de retrovenda, pode ser efeito imediato de pacto posterior à conclusão do contrato de compra-e-venda. Trata-se de pacto, ou, melhor, de outro negócio jurídico, frequentemente bilateral. Nada impede qúe se prometa a retrovenda, em negócio jurídico unilateral.

§ 4.295. Pressupostos da retrovenda

1.ELEMENTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. Ê óbvio que o primeiro pressuposto é a compra-e-venda. Há de ter havido venda para que possa haver retrovenda. O segundo é a *reserva,,* isto é, o que se tira, pelo pacto, à venda; há venda menos isso; de modo que o comprador, recebendo o bem imóvel, se submete à reserva, portanto ao direito formativo gerador em favor do vendedor, O terceiro é o prazo. O quarto é o preço mais as despesas feitas pelo comprador e custo dos melhoramentos.

É de discutir-se se o preço da retrovenda há de ser o da venda, ou se pode ser maior, ou menor. Nenhuma regra jurídica fixa o quanto.

2.TROCA E OUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS. Na troca, e não só na compra-e-venda, pode ser inserta a reserva, outrossim, na dação em soluto e na desapropriação (MArnIEL 00w-çALvES DA SILVA, *Comment ama.,* IV, 295), não o vedando a *lez specuilis.*

3- RESERvA. A reserva somente pode ser de retrovenda, e não de constituição futura de direito real. Ter-se-ia de interpretar e construir como outra reserva.

4.EXERCÍCIO DO DIREITO FORMATIVO. O Código Civil, art- 1141, fala de ser exercido em certo prazo o direito. Se outro prazo pode ser fixado que o de três anos, o ad. 1.141 é dispositivo. Se não pode, só há retrovenda pelo prazo de três anos. No direito alemão, é dispositiva a regra jurídica (§ 503) - No direito brasileiro anterior ao Código Civil era dispositiva (PITALEÁO DE ARAÚJO NETO E GUERRA, *Comineittaria,* 356 s., e MANUEL

DE ALMEIDA E SOUSA, *Fasoicado de Dissertações,* 1, 322 s., antecedidos por AGOSTINHO BARBOSk, à L.

2, O., *de pactis inter emptorem et venditorem compositis,* 14, 54, e MANUEL BARBOSA, êsse sObre as OrdenaçOes Filipinas, Livro 14, Titulo 4, pr.; no mesmo sentido, CORREIA TELES, *Digesto Portugués,* III, 54,

„§§ 369 e 870, e COELHO DA ROCHA, *IreatittCições,* II, 641). O ad. 1.141 seguiu a mesma trilha:

“O prazo para o resgate, ou retracto, não passará de três anos, sob pena de se reputar não escrito; presumindo-se estipulado o máximo de tempo, quando as partes o não determinaram”. Portanto, o prazo, que é preclusivo, *a)* pode ser menor do que o de três anos; lO não pode ser maior; *e)* se maior foi estipulado, tem-se por não-escrito; *d)* se não se marcou o prazo, ou o que se marcou é tido por não-escrito, entende-se o de três anos. Não há suspensão nem interrupção de tal prazo, inclusive contra o incapaz (art. 1.141, parágrafo único)

“O prazo de retracto, expresso, ou presumido, prevalece ainda contra o incapaz. Vencido o prazo, extingue-se o direito ao retracto, e torna-se irretratável a venda”. (Note-se a redação a técnica: “prazo presumido”, para se aludir a ser dispositiva

a regra jurídica: “irretratável”, para se exprimir a terminação do direito formativo gerador).

O Código Civil permite o prazo máximo de três anos para, dentro dêle, se exercer o direito de retrovenda (ad.

1.141, *verbis* "não passará de três anos") - Dentro dêle, é possível estipular-se que só se exercerá, por exemplo, no último ano do prazo (sem razão, COmIA TELES, *Digesto portugués,* III, § 368, 54).

Fixado o prazo, aé possível que, devido a circunstância excepcional, a declaração caiba depois da expiração dêle?

A solução, que prevaleceu, foi a da negativa, a despeito de alguns juristas e julgados, que admitiam a purgação da mora,

o que por vêzes ofendia a interêsses de credores. Se o vendedor oferece o preço e, diante da recusa do comprador, o deposita, não há exceção à regra de ficar precluso todo o direito *(omite jus praeclusum)* porque o direito formativo gerador foi exercido.

O Código Civil refere-se à restituição do preço *mais* as despesas do comprador e custo dos melhoramentos. É de perguntar-se se é cogente, ou se é dispositiva, a regra jurídica. No direito alemão, é interpretativa (§ 497, 2.~

alínea). CORREW TELES *(Digesto Portugufls,* III, 55, § 373) inseriu a regra de ser usurário o pacto de remir por mais do preço que recebeu o vendedor mais as despesas. Citou a MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Fasciculo* r

de Dissertações, 1, 312), mas êsse admitia que se adotasse o preço pelo qual, ao tempo da retrovenda, fôsse estimado o bem. Se o preço é excessivo, acrescentemos, o Onus da prova cabe ao comprador, que vende a retro, porque arguiu a usura. Assim, o ad. 1.040 é dispositivo, no tocante ao preço. Se não se falou de qual preço, entende-se o da venda.

No direito anterior, MANUEL GONÇA¶NES DA SILVA *(Comrnen taria,* IV, 162) preferiu à opinião de J.

MENÓQUTO, D. B. ALTIMARO, A. TIRAQUELO e A. DE LEYSER, que tinham, na falta de fixação, por fixado o do tempo da retrovenda, a que assenta se ter por estipulado o preço da venda: "Si autem in venditione facta cum pacto de retrovendendo nihil dictum fuit de certo pretio revenditionis, intelligitur de eo pretio, quod currit tempore redemptionis, et non contractus --- Imo intelligitur de pretio,

pro quo res fuit vendita. -

6.LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA O PACTO. Quem pode vender e comprar pode pactar de retrovenda, como beneficiado. Quem não pode vender não pode sujeitar-se ao pacto. Quem pode vender, embora somente com autorização ou consentimento de outrem, pode pactar como beneficiado (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Fasciculo de Dissertações* 1, 251).

7.CLÁUSULAS Do PACTO DE RETROVENDA. No pacto *de retrovendendo.* pode-se estipular: *a)* sôbre os frutos do ano em que se fizer a declaração redimente; *b)* sôbre o aviso, ou sôbre depósito prévio do preço; *c)* sôbre o tempo em que se há de declarar, para que, em momento posterior, surta efeito a sua declaração (que, aliás, se entende definitiva desde antes) ; *d)* sôbre os juros que hã de render o preço p~o, enquanto não se transfere ao redimento o bem imóvel, objeto da retrovenda; *e)* sôbre os casos em que, por circunstância especial, o direito formativo gerador cessa *(e. g.,* casando-se o adquirente, ou fixando no prédio o seu domicílio) -

8. USURA E RETROvENDA. A retrovenda pode dar ensejo à alegação de *usura.* Se houve, é questão de fato; não cabe diminuir-se o preço da venda, se se entende que o pacto deprecia o objeto do negócio jurídico de compra-e-venda. Foram os juristas portuguêses os que refutaram essa insinuação (AmES PIl4HEL, *Ad Rubricam et L. 2, Cod., de rescindenda venditione, Commentaria,* Pars 3, Cap. ult., n. 19; ÁLvARO VALASCO, *Decisionum Consultationum,* 1, 157; MIGUEL DE REINOSO, *Observotiones Practicae,* 103), a despeito da *teoria do rebate* que entrou na jurisprudência (ANTÔNIO DA GAMA, *Decisionum Supremi Sewxtus Lusitaniae cen.turiae,* IV, d. 138 e 178) e seduziu a MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commenta.ria,* IV, 167 s.).

Não há dúvida que todo pacto de tal natureza diminui, econOmicamente, o preço, mas ou o preço, que se vai pagar, 4 o mesmo, ou se há de considerar justo o preço pago, pela diferença de tempo (sem razão, hoje, como outrora, MANUEL DE ALMEIDA E SOuSA, *Fasciculo de Dissertações,* 1, 271-278).

9.OBJETO RETROVENDIDO E ENTREGA. O comprador pode separar do prédio o que seja separável sem dano ao prédio. Se fêz melhoramentos excessivos (o que se há de apreciar em laudo pericial), o vendedor redimento não pode ser obrigado a pagá-los, ainda que o

importe dêles alcance igual aumento no preço. A razão disso está em que, a despeito das expressões do Código Civil, art. 1.040, parágrafo único, “até ao valor por êsses (melhoramentos) acrescentado à propriedade”, abusaria do seu exercício como proprietário, sujeito a retrovenda, o comprador que se excedesse em gastos, ainda que úteis os melhoramentos. Aliás, tem o vendedor, no tempo em que vige o seu direito à retrovenda, a ação de cominação, fundada no art. 302, XII, do Código de Processo Civil, para que o comprador se abstenha de excessivos melhoramentos que lhe impossibilitem ou dificultem, objetivamente, a remição do bem. Quanto ao que é voluptuário, ao comprador toca o direito de levantá-lo, o *ius toliendi:* “Impensas voluptuarias retrovenditor tollit tantum”. Em todo o caso, vale o pacto de pagar as próprias despesas voluptuárias. Cumpre, ainda, observar-se que, embora, de regra, o que há de reembolsar, possa dar caução, ao receber o bem, tal não ocorre quanto à remição na compra-e-venda *a. retro:* o vendedor pode remir, mas o comprador somente é obrigado a restituir a coisa, prestados o preço e o mais de que falam o art. 1.040 e o seu paragraf o (MANUEL ÁLVARES PÉGAS, *Commentaria ad Ordinationes,* 1, 60; cf. SILVESTRE COMES

DE MORAIS, *Tractatus de Ezecutionibus,* VI, 230).

10.EFEITO DO EXERCÍCIO DO DIREITO À RETROVENDA. Se o vendedor exerce o direito à retrovenda, o comprador tem o dever e a obrigação de entregar o objeto, com os seus acessórios. Não há efic&ia real. O

comprador, que tem aí o papel de revendedor, não responde pelas deteriorações, pelo caso fortuito ou por fOrça maior, ou oriundas da natureza do bem, nem pelas alterações não-essenciais a que haja procedido.

r

§ 4.296. Direito à retrovenda

1.IRRADIAÇÃO DO DIREITO À RETROVENDA. O direito formativo gerador à retrovenda é criado *pelo negócio juridico* entre vendedor e comprador, ou *pela lei.* Algo deixa de entrar na esfera jurídica do comprador, no momento em que êle compra e no momento em que se lhe transfere a propriedade. Ésse algo é o conteúdo do direito à retrovenda. Não se trata,porém, de direito real, ainda ao levarmos em

conta a eficácia *erga omnes* do registo e a regra jurídica final do art. 1.142 do Código Civil *(verbis* "ainda que êles", os terceiros adquirentes,

"não conhecessem a cláusula de retracto").

O direito à retrovenda é *pessoal;* e pessoais a pretensão, a obrigação e as ações que dêle derivam. Pensava-se que só se havia de dirigir ao comprador, seus herdeiros e terceiros de má fé. O art. 1.142 do „Código Civil deu solução radical:

a eficácia é *erga omites.* Se o comprador recebe o preço, ou êsse foi regularmente depositado, a venda a terceiro, pelo comprador, é ineficaz, ainda que não conste do registo o exercício do direito formativo gerador; daí a reivindicabilidade (5. STRYK). Diz o art. 1.142 do Código Civil: "Na retrovenda > o vendedor conserva a sua ação contra os terceiros adquirentes da coisa retrovendida, ainda que êles não conhecessem a cláusula de retracto".

O direito brasileiro dá direito, pretensões e ações pessoais <de retrovenda e de indenização) contra comprador e terceiros adquirentes, antes e depois do exercício do direito formativo gerador. Nisso, é preferível ao direito alemão, que não cogita dos próprios terceiros de má fé (critica em MArrar ScnERn, *Recht der Sch.uldverhdltnisse,* II, 602). Poderia ter sido mais explícito e mais justo, dizendo que, para os pactos *de retrovendendo* não registados, por ser dispensável a transcrição (art. 134, II), os terceiros se presumiriam cientes da existência dêles. Em vez disso, deu-se a eficácia *erga omites* em todos os casos: apenas, porque a lei exige à transmissão de bens imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros a transcrição, o pacto *tem* de estar contido na escritura de compra-e--venda, que se transcreve, ou ser averbado. Alguns sistemas jurídicos, por influência do instituto do direito do retracto, têm o pacto de eficácia real, *e. g.,* Código Civil espanhol, art. 1.510,. e argentino, art. 1.888.

O direito formativo à retrovenda é transmissível entre vivos e a causa de morte e extingue-se pela renúncia. Não é de mister, para a transmissão entre vivos, que o comprador assinta; apenas, para a sua eficácia, tem de ser notificado o comprador (Código Civil, art. 1.078, que manda respeitar, a propósito da transferência de outros direitos que os direitos creditórios, as regras jurídicas concernentes à cessão de créditos; cf. arts. 1.069, 1.071 e 1.072).

2. RESPONSABILIDADE DO COMPRADOR. Antes de o vendedor

exercer o direito à retrovenda, o comprador, pois que ao seu direito se corta êsse, de que ficou titular o vendedor, responde ao vendedor de tOda a culpa (e ainda sem culpa, se causou alteração essencial) - O perecimento fortuito do imóvel extingue o direito formativo gerador; a destruição parcial, a deterioração parcial e a alteração, que não seja essencial, fortuitas, não dão ensejo à redução do preço; nem à redibição, pOsto que a garantia somente se refira ao tempo entre o pacto e o exercício do direito formativo gerador.

Se foi pactado que o preço seria o valor do bem imóvel, ao tempo da remição, é de entender-se que o comprador não se obrigou pela conservação e não tem pretensão concernente aos gastos. Mas, se o bem imóvel existe, embora alienado a outrem, ainda que só o terreno, responde ao vendedor redimente.

8.TRAXSFERIEILIDADE DO DIREITO À RETROVENDA. O direito à retrovenda é transferível, entre vivos e a causa de morte. Alguns Códigos *(e. g.,* o *Preussisches Aligemeines Landrecht,* 1, 11, § 312, e o Código de Direito privado do Cantão de Zurique, § 1.465) concebiam-no como intransferível, inclusive hereditàriamente, mas "cessível"; outros *(e. g.,* o Código Civil austríaco, § 1.070), como *ius personalissimum.* Não assim o direito comum, que admitia a sucessão singular a causa de morte, ou entre vivos (E. CARpzov: "lus redimenti ex pacto de retrovendendo non modo heredi universali venditoris competit, sed et cessionario, vel alii singulari successori

-

O problema da herdabilidade universal já se havia pOsto na doutrina portuguêsa e a solução fOra afirmativa: todos, ou um por todos (cf. art. 1143, que incide no caso de sucessão universal). Não importa se foi averbado, ou não (W. TLIRNAU -F. F§RSTER, *Das Liegenschaftsrecht,* 1, 170) -

4.RENUNCIABILIDADE. Discute-se se é *renuncivel* o direito formativo gerador, ou se o não é, porque oriundo r

de negócio jurídico bilateral, Os que *(a)* admitem a renúncia, negócio jurídico unilateral, partem de que só está em causa o direito de uma das pessoas que foram figurantes do pacto, e não o pacto mesmo *(e. g.,* H. WALsMANN, *Der Verzicht,* 155) ; aquêles que *(b)* só vêem apagamento do *efeito* (direito, pretensão, ação > onde se apaga a causa (negócio jurídico) negam que unilateralmente se possa extinguir o direito formativo gerador à retrovenda, bem assim *(c)* os que negam

que se trate de direito formativo gerador *(e.* g., L. ENXEcCERUS, *Leh,rbueh,,* II, S1.~-35~ ed., 394). A proposição *(b)* é falsa:

o distrato apanha o negócio jurídico bilateral, a renúncia tem efeito contra efeito. Falsa é, também, a proposição (e) : não há venda condicional a retro, na retrovenda, pOsto que aquela se pudesse conceber; não há condição na retrovenda; e o direito formativo gerador é renunciável. O distrato fere e mata o negócio jurídico. A renúncia fere e mata efeito (direito, pretensão, ação>.

5. CLÁUSULA DE INAIJIENABILIDADE. Se o comprador se obrigou a não alienar, e aliena, responde por perdas e danos oriundos da infração dessoutro pacto (E. OERTMANN, *Recht der Schuldverhtiltnisse,* 489) - A desapropriação e a oneração ou gravação de direito público não geram obrigação do comprador (O.

WARNEYER, *Kommentar,* 1, 832). Todavia, na avaliação do bem desapropriado ou cuja gravação haja de ser indenizada, há dois valOres inconfundíveis: o do direito de propriedade e posse, que tem o comprador, que é o do direito de propriedade e da posse *menos* o valor do direito formativo gerador; e o do direito formativo gerador. O

direito do vendedor à retrovenda é atingido, de modo que se tem de indenizar o seu titular do que êle perde (= do que o pacto *de retrovendendo* retirou ao valor do bem).

§ 4.297. Exercício do direito formativo gerador

1.DECLARAÇÃO PARA REAvER O BEM vENDIDO. A declaração do redimente, declaração unilateral e receptícia, há de ser feita ao comprador, ainda sem ser em juízo, salvo se se exigiu a forma judicial. Se o comprador recusa a remição, tem o redimente de pedir o depósito judicial, citado o comprador, ou munir-se de prova de oferta de preço e da recusa. A oferta do preço em juízo, quando não há razão para depósito em consignação, nem para a judicialidade da forma, tem como consequência acarretar com as custas o redimente (MANUEL .ÁLvARES PÉGAS, *Resolutiones Forenses,* II, 1091). Se o comprador é domiciliado fora, aí se há de fazer a declaração> extrajudicial, ou judicialmente, conforme o caso; salvo se se pactou que se fariana situação do imóvel ou alhures.

2. FORMA DA" DECLARAÇÃO. A declaração, com que se exercita o

direito à retrovenda, pode ser oral. Assim fOra no direito comum (cf. PLATNER, Der Wiederkauf, *Zeitschritt fiir Rechtsgeschichte,* IV, 139), pôsto que A.

BECHMANN *(Der Kauf,* 538) a exigisse *realiter.* A oblação real do preço seria elemento necessário (também C.

E. KOCH, *Das Recht der Forderungen,* 258, e H. HAHN, *Der Wiederka.uf,* 68) - Mas verdade é que os textos positivos não na fazem tal.

Com a declaração-exercício, a retrovenda está feita; a situação é a mesma que a do comprador do imóvel, que ainda não adquiriu a propriedade; os direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações são os mesmos; o comprador, que retrovende, é obrigado à entrega dos bens, com as pertenças, e aos atos para a transferência, *desde a data da declaração.*

8.EXERCÍCIO DO DIREITO FORMATIvO, SE INCAPAZ O COMPRADOR. Se o comprador é incapaz, ou incapaz o sucessor do comprador, o direito formativo gerador pode ser exercido contra êle, sem que se precise de autorização do juiz, ou de outro requisito material ou formal. O art. 1.141, parágrafo único, do Código Civil corresponde ao direito anterior, que o mesmo houve do uso moderno. A recepticiedade exige que da declaração tenha conhecimento o titular do pátrio poder, tutor ou curador. Se a incapacidade é relativa, o próprio incapaz tem de ter êsse conhecimento.

4. GRAvAME E RETROVENDA. Se a coisa remível foi gravada de usufruto, após o pacto, o exercício do direito formativo gerador é contra o proprietário e o titular do gravame. *E. g.:* tratando-se de usufruto, dá-se, com o dinheiro, sub-rogação real.

5.SE HÁ EXECUÇÃO FORÇADA QUE ATINGE O BEM. No juízo e processo da execução, não se exerce o direito à retrovenda. Exerce-se contra o devedor penhorado, com a comunicação ao juízo da execução, *ex* r

abundantia..

6.PENDÉNCIA DE PROCESSO DE NULIDADE, DE ANULAÇÃO, DE BESCISÁo, OU DE RESOLUÇÃO.

Se há, pendente, processo de nulidade, ou de anulação, ou de rescisão,

ou de resolução do contrato de compra-e-venda, o exercício do direito formativo pode ser em *declaração eventual* (O. WARNEYER, *Komrnentar,* 1, .88i), segundo o *principio processual de eventualidade.*

7.INDENIZAÇÃO. A indenização ao vendedor, depois de exercido o direito formativo gerador, quer o preço seja o mesmo, quer o de valor no momento da remição, rege-se pelos arte. 1.127 e 1.128 do Código Civil, e não segundo a culpa (cf. 2. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhs?lltnisse,* 491).

8.RETROVENDA E GARANTIAS. Quem exerce o direito à retrovenda não pode exigir redibição, nem redução do preço. Tem a pretensão A indenização pelos danos que, por culpa do comprador, obrigado a retrovender, tenha sofrido o bem, antes do exercício do direito à retrovenda. Tem o comprador o dever de conservação e de diligência. Como o oferente antes da aceitação da oferta, o comprador, no caso de pacto de retrovenda, tem de evitar que se torne impossível ou def eituosa a prestação. Se o comprador, retrovendedor, gravou o bem, ou lhe transferiu a propriedade, ou se o bem foi sujeito a constrição cautelar ou executiva, tem Ole de pré-eliminar os direitos ou medidas constritivas, antes de atender ao exercício da pretensão do vendedor, retrocomprador.

Se acaso o vendedor, retrocomprador, usou do bem antes do exercício do direito à retrovenda, tem o comprador, retrovendedor, pretensão à indenização. Se o comprador, retroveudedor, fêz benfeitorias necessárias e úteis, que tenham sido aumentativas do valor do bem, pode pedir indenização. Quanto às voluptuárias, ou as levanta *(ina toliendi),* se levantáveis, conforme o art. 516, 2.8 parte, do Código Civil, ou recebe o preço, ou delas se desinteressa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, tem *direito de retert$o.* Cf. Código Civil alemão, §

500.

Se foi incluída cláusula contratual pela qual o preço da retrovenda haja de ser o do bem ao tempo da retrovenda, o comprador, retrovendedor, não responde pelas deteriorações, perda ou impossibilidade da restituição. Por seu lado, o vendedor, retrocomprador, não tem de pagar despesas <cf. Código Civil alemão, § 501).

§ 4.298. Pluralidade de vendedores

1.DOIS OU MAIS VENDEDORES E RETROVENDA". Estatui o Código Civil, art. 1.148: "Se duas ou mais pessoas tiverem direito ao retracto sObre a mesma coisa, e só uma o exercer, poderá o comprador fazer intimar as outras, para nêle acordarem". E o § 1.0: "Não havendo acOrdo entre os interessados ou não querendo qualquer dêles entrar com a importância integral do retracto, caducará o direito de todos". Para que restitua, desde logo, pode exigir a caução *de restituendo et satisi aciendo,* a favor dos outros. Se um dos vendedores oferece a sua quota no preço, intimados (por êle ou pelo comprador) os outros vendedores com direito à retrovenda, ou o preço todo, há exercício alternativo, e o comprador pode restituir, mediante a caução, ou recebimento do preço. Se o redimente ofereceu a quota e a caução, o comprador não é obrigado a admiti-la, e sim a proceder à intimação do art. 1.143.

Para a incidência do art. 1148, a pluralidade de titulares pode ter sido de inicio ou após o pacto (O. WARNEYER, *Kommontar,* 1, 883).

2.CONDÔMINOS DO PRÉDIO VENDIDO. Diz o § 2.0 do art. 1.143 do Código Civil: "Se os diferentes condôminos do prédio alheado o não retrovenderam conjuntamente e no mesmo ato, poderá cada qual, de per si, exercitar sObre o respectivo quinhão o seu direito de retracto, sem que o comprador possa constranger os demais a resgatá-lo por inteiro". A!, cada um ad vendeu parte e só pactou sObre parte. Os sucessores de cada um só têm direito à retrovenda quanto à parte.

3.PACTO DE REVENDA, DE QUE O DE RETROVENDA É ESPÉCIE.

O pacto de retrovenda pode ser adjecto ou posterior ao contrato de compra-e-venda e por ai já se vê quão insustentável seria tê-lo por pré-

contrato. Por outro lado, não é verdade que os princípios sejam os mesmos.

Também se pode estabelecer, em vez do pacto de retroVenda, o *pacto de revenda,* pelo qual o comprador se vincula a revender, ou a determinada pessoa que não é o vendedor, ou a alguém de determinado círculo, como algum sócio do clube, ou a qualquer pessoa, inclusive o vendedor, que aí não figura çomo retrocomprador. A última espécie ocorre quando os figurantes do contrato de compra-e-venda têm interêsse em que o comprador não sej a > após certo prazo, ou após o implemento de alguma condição, dono ou possuidor do bem- O pacto pode ser r

pacto de oliertaçdo, se o comprador pode aliená-lo sem ser vendendo; por exemplo, doando. De qualquer modo, o pacto é *pactum de contraherido cum tertio* e incidem regras jurídicas concernentes à estipulação a favor de terceiro, disciplinada, pelo Código Civil, nos arts. 1.098.-.1.100.

Oterceiro outorgado tem de ser determinado ou determinável. Todavia, basta a determinação do grupo ou circulo social dentro do qual está o terceiro, à escolha do comprador-vendedor. Nada obsta a que se invoque, por analogia, o art. 1668, 1, ou o art. 1.669 do Código Civil.

Se a venda é a terceiro que não é a pessoa a que se referiu o vendedor, ou não entra no grupo ou círculo social a que aludiu, salvo eficácia *erga omites* que no caso exista, o vendedor estipulante sómente tem a ação de perdas e danos, não podendo ir contra o terceiro.

Se, com o pacto de revenda, se simula, ou se frauda lei, é outro problema. Nem se presume a simulação, nem, tão-pouco, a *fraus tegis,* como se os pactantes procuram evitar a temporária inaptidão do terceiro para adquirir. A cada momento, na prática dos negócios que a Constituição de 1946 e as leis só permitem a Brasileiros ou a sociedades brasileiras, aparecem os homens.de-Palha, ou testas-de-ferro. AI, há nulidade, por *fra.us Legis.*

4.PACTO DE RESGATE. A reserva do direito de reaver a propriedade, ou a propriedade e a posse, ou só a posse, restituindo-se o preço e reembolsando determinadas despesas, pode ser feita em cláusula da compra-e-venda, ou fora. De qualquer modo é pacto adjecto.

Tanto é possível fazer-se o pacto de resgate quanto a bens imóveis

como quanto a bens móveis.

O *pacto comissório,* regulado no art. 1163 e parágrafo único do Código Civil, é exemplo do *pacto de resgate.*

O pacto *de retrovendendo* é pacto de alienação, que se adjecta a contrato de compra-e-venda (ou a outro pacto *de retroverulendo).* Por êle o comprador se vincula a revender, mais tarde, ao vendedor o bem que comprara. A sua eficácia é *ex nuno,* pois ela depende do exercício do direito à retrovenda, que não tem qualquer retroeficácia.

Distingue-se, portanto, do *pacto de resgate,* que tem a conseqUência de desfazer a relação jurídica de propriedade, com eficácia retroativa e pela vontade somente do resgatante.

§ 4.299. Restituição parcial do preço e remição parcial

1.BEM VENDIDO E PARTE DO BEM VENDIDO. A regra jurídica é que só se há de remir a coisa toda, e não só parte: vendida a coisa „pro certo praetio cum pacto de retrovendendo, non potest pars eius redimi sed tota res est redimenda". Se são dois ou mais os bens que foram alienados, tem-se de indagar se o preço foi por todos, sem discriminação (in univerversum et confuse enuntiato, non in singulas res distributo>, porque, se isso ocorreu, nenhum pode ser remido sem os mais. *Aliter,* se vendidos por preço, que é a soma das parcelas concernentes a cada bem; porque, então, houve muitos negócios jurídicos só formalmente unidos. Tais regras jurídicas também se hão de invocar a respeito de retrovenda de edifícios de apartamentos.

2. CLÁUSULA ESPECIAL. Se o negócio jurídico prevê remições separadas, e não diz o preço de cada bem, tem-se de interpretar o texto, de modo que se encontre nêle, ou nos usos, a base para se saber o valor de cada uma.

§ 4.300. Direito formativo e indivisibilidade

Trata-se de direito formativo gerador, que se cria desde o pacto. O negócio jurídico originário é que se há de exigir, se medeia intervalo. Ésse intervalo é possível, pâsto que faça nascerem certos problemas especiais, inclusive o da contagem do prazo preclusivo. E êsse intervalo bastaria para se concluir que não se trata de condicionamento do contrato originário.

2.INDIvISIBILIDADE DO DIREITO. O direito formativo gerador é indivisível. Os herdeiros do titular somente podem exercê-lo em comum; salvo se, após a coisa julgada da partilha, coube a um só. O inventariante e o administrador da massa concursal podem exercê-lo, se poderiam comprar e conforme as regras jurídicas para isso. Se um dos herdeiros ou sucessores entre vivos o exerce, o comprador pode exigir a cau$0 *de restituendo et satisfaciendo,* promovendo a intimação do art. 1.143 do Código Civil. Se comprou o bem a duas ou maia pessoas, pelo mesmo negócio jurídico e com o pacto, não pode qualquer delas pretender rernir a sua parte; se quer remir todo o bem, o comprador pode, fazendo intimar os outros (art. 1.148), exigir a caução de restituir e satisfazer ao outro. Se se vendeu a duas ou mais pessoas, com o pacto, pode-se remir parte; porque há dois ou mais negócios jurídicos, se houve discrimina$o das partes vendidas e se não é de interpretar-se que o pacto fôra apenas para r

remição de tôda a coisa.

3.LECITIMAÇÃO PÂSSIVA. O direito formativo gerador dirige-se contra todos os herdeiros, ou sucessores entre vivos do comprador; salvo se, na partilha, coube a um ou a alguns.

§ 4.301. Despesas do comprador

1.DESPESAS DE AQUISIÇÃO E DE INVERSÃO . O art. 1.040 e o parágrafo único do Código Civil falam da restituição das “despesas feitas pelo comprador” e das “empregadas em melhoramentos do imóvel, até ao valor por êsses melhoramentos acrescentado à propriedade”. As despesas feitas pelo comprador são as de aquisição, inclusive o Impósto de transmissão da propriedade e o laudêmio. Todavia, é possível excluirem-se no pacto, pois o art. 1.140 é dispositivo. Os melhoramentos são quaisquer quê majorem o valor. Não o que não provém do comprador, como o aumento de valor pela avulsão (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Fasciculo de Dissertações,* 1, 314), repelindo-se a opinião de 5. STRIK e de outros. Se houve a desvalorização ou supervalorização da moeda, tem de atender-se à lei especial sôbre cumprimento de contrato; se não há lei de revalorização, a retrovenda é com o preço que foi fixado. O direito anterior era mais equidoso (MANUEL

GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria,* IV, 410: “Unde mutata bonitate intrinseca monetae de tempore intermedio die contractus ad diem solutionis, communiter constituitur regula, quod in contractibus

attendi debet valor, et aestimatio monetae, quae erat tempore obligationis. contractae, nisi aliud inter contrahentes conventum fuerit") ; porém, após a Lei de 25 de fevereiro de 1801, difícil de manter-se, se o contrato de compra-e-venda fôra posterior a ela (se anterior, cf. o Aviso de 23 de março de 1801 e a Carta Régia de 12 de junho de 1802).

2.DESVALORIZAÇÃO DO BEM. ~ *Quid inris,* se ao tempo da retrovenda o bem imóvel ou o bem móvel vale menos, por culpa do comprador? A tradição do direito brasileiro é a da indenização pelo comprador (AGOSTINHO BARBOSA, n. 64 à L. 2, C., *de pactis inter empt orem* a *vertditorem compositis,* 14, 54).

Exemplos: corte de árvores, desvio de águas, devastação pelo fogo, despregamento de terras, apodrecimento de vigas que ficaram expostas.

§ 4.802. Ação contra o comprador

1. PESSOALIDADE DA PRETENSÃO. Exercido o direito à retrovenda, a sua eficácia é *obrigacional,* e não *real.* Se o vendedor quer que seja real o seu direito e real a eficácia que dêle se irradie, tem de lançar mão da figura da propriedade resolúvel (Código Civil, art. 647 >. O estar registado o pacto, no registo de imóveis, torna ineficaz *erga omnes* qualquer disposição posterior pelo comprador, ou execução forçada, no que atinja o direito à retrovenda. Resta o problema do pacto a *intervailo,* isto é, posterior à compra-e-venda. És~e somente produz efeito *erga omnes,* se *averbado* (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 286: "As averbações serão feitas pela mesma forma regulada, e abrangerão, além dos casos já expressamente indicados, as cessões, sub-rogações e outras ocorrências, que, por qualquer modo, *alterarem o registo,* quer em relação aos imóveis, quer em atinência às pessoas, que, nestes atos, figurem, inclusive a prorrogação do prazo da hipoteca, nos têrmos do art. 817 do Código Civil" >.

2. COMPOSIÇÃO DA RETROVENDA. A retrovenda é venda em que figura como comprador o vendedor e submete-se às regras jurídicas de forma que concernem à compra-e-venda (arts. 184 > II, e 135). A declaração em exercício do direito formativo gerador é que é aformal. Tem-se de observar o art. 184, II, quer quanto ao pacto, quer quanto à escritura para a retrotransmissáo.

Entendia J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* VI, 19) que o pacto de retrovenda e o pacto

de melhor comprador não podem ser admitidos em direito comercial. Mas sem razão .

O ato de exercício é *unilateral,* no que se prescinde da formação de outro contrato de compra-e-venda, o que não se daria em caso de pré-contrato (EDUARD KREHBIEL, *Der Vorvertrag,* 7).

8. PRECLUSÃO DO DIREITO FORMATIVO E PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. A ação contra o comprador, que nasce do exercício do direito à retrovenda, é *pessoal,* e prescreve em vinte anos; o que preclui em três anos (art.

178, § S.~>, se êsse foi o prazo, ou se não foi estabelecido prazo, ou se o que se estabeleceu há de ser tido *por quando-escrito* (art. 1.141>, é o direito formativo gerador.

r

§ 4.303. Ação contra terceiros adquirentes

1.PRETENSÃO E AÇÃO CONTRA OS TERCEIROS ADQUIRENTES.

Diz o art. 1.142 do Código Civil: “Na retrovenda, o vendedor conserva a sua ação contra os terceiros adquirentes da coisa retrovendida, ainda que êles não conhecessem a cláusula do retracto”. Conserva a *sua* ação; portanto, é a mesma que a ação contra o comprador a ação contra o terceiro. O direito formativo gerador, quer se tenha de exercer contra o comprador, quer contra terceiros, sofre a preclusão no máximo de três anos (arts. 178, § 8.0, e 1.141) ; a ação contra o comprador, que não restituiu o bem, ou contra o terceiro, é também pessoal e prescreve em vinte anos. O terceiro é sujeito ao direito formativo gerador e à ação, que déle resulta, em se tratando de pacto de retrovenda registado no registo de imóveis; se o imóvel é de valor até dez mil cruzeiros, inclusive (Código Civil, art. 134, II), não importa se houve escritura pública e se os terceiros adquirentes ignoram a cláusula de retrovenda. A isso reduz-se a parte final do art. 1.142, *verbis* “ainda que êles não conhecessem a cláusula de retracto”.

Se a retrovenda é de bem móvel, é preciso ter havido registo do pacto, *se admitido na espécie.*

A regra jurídica do art. 1.142 não pode ser lida, como regra jurídica tio direito brasileiro, como se enunciasse que a eficácia contra terceiro existe mesmo se a cláusula não consta do registo do imóvel. Só se aludiu ao fato, possível, de, a despeito da *publicidade,* não ter tido o terceiro conhecimento da cláusula.

2. DISCUSSÃO SÔBRE A NATUREZA DA EFICÁCIA. No direito anterior ao Código Civil, procurou-se sustentar que o efeito seria *real.* A opinião geral, assim no direito comum como no direito luso-brasileiro, era no sentido de se tratar de direito pessoal e de ação pessoal. MANUEL GONÇALvES DA" SILVA *(Cornmentayía,* IV, 163) frisou tratar-se de ação pessoal, invocando a ANTÓNIO COMES (século XVI) e a NUNO DA COSTA CALDEIRA (século XVII). No *Repertório* (1, 378), dá-se notícia de ação que foi julgada na Casa de Apelação de Pôrto, em 1678, contra ser real a. ação contra o terceiro adquirente. Também SILVESTRE COMES DE MORAIS

(True tatus de Executionibus, II, 217 s.) disse que a ação do vendedor, que redime, é pessoal, quer o pacto tivesse sido a favor do vendedor, quer do comprador; por ela, podia-se, "oblato pretio, agere summaríe contra emptorem, ut rem emptam demittat", ou "cogere venditorem ut pretiuni acceptum reddat, remque suam accipiat".

A própria expansão *erga omnes* da eficácia pessoal era discutida, em grande parte devido aos poucos conhecimentos daquele tempo quanto à diferença entre eficácia real e eficácia *erga omnes* sem o elemento real.

Os mais atilados viam que a ciência, pelo terceiro comprador, d~ existir o pacto, ou,a *fortiori,* a referência a êsse no segundo negócio de alienação, tinha como consequência propagar-se ao terceiro a ação. Depois de enunciar que o terceiro era incólume ao direito formativo gerador, oriundo do *pacto de retrovendendo,* MANUEL

GONÇAL VES DA SILVA *(Commentaria,* IV, 168) foi excelente em infor-. mar sôbre o que se passava na doutrina: "Alii vero oppositum sentientes dicunt, quod sive de rigore ius, sive de aequitate detur semper actio rei persequutoria, seu personalis in rem ecripta adversus tertium intra tempus conventum in pacto redimendi . . ." E

adiante (IV, 220) : ".. si secundus emptor conscius fuerit venditionis alteri factae, et eo non obstante rem emerit; nam licet secundo res tradita sit, et emptio valeat, quamvis dicatur: *Trado tibi salvo iure tertii, eni prima vendidi;* tamen primo datur actio revocatoria ad revocandam

emptionem in fraudem factam". Ésse era o direito de outrora: a eficácia estendia-se ao *emptor conscius.* Ensinavam-no ANTÔNIO GOMES *(Variarurn Resolutionum,* II, Cap.

2, n. 20, *verbis* "Secundo principaliter limita") e AGOSTINHO BARBOSA, em comentário à L. 15 (Quotiens duobus), C., *de rei vindicatione,* 3, 32. Quanto à outra opinião, a da venda dentro do prazo preclusivo, ainda se insciente o comprador, não era limitação, mas segunda opinião, que já estava em GABRIEL PEREIRA DE

CASTRO *(Dec%siofleS, 74) :* ". -. pactum de retro vendendo producit actionem contra tertium... a maiori in nostro casu, debilius enim ius habet, qui dolo, et mala fide emit..." Assim, a solução do art. 1.142 não destoa de parte considerável da doutrina, que tendia a dispensar o fato da ciência pelo comprador; e hoje, que se exige a escritura pública ao contrato de compra-e-venda de imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros (art. 134, II), os casos de *emptor non conscius* são raros e sem grande alcance.

Tanto GABRIEL PEREIRA DE CASTRO dispensava o conhecimento do pacto pelo terceiro, que raciocinava a *fortiori* em se tratando de quem compra "dolo et mala fide". Porém essa ação contra o terceiro adquirente não era real, era ação pessoal contra o terceiro, em virtude da eficácia *erga omnes.* A confusão entre as ações reais e as ações pessoais contra o terceiro foi que levou às errônias de algumas legislações e doutôres; agravada pela outra confusão entre o direito de retrovenda e o direito de retracto (Retractsrecht).

principalmente na dissertação de TIRAQtJELO (Tiraqueau) e em Espanha. Por outro lado, argumentos *de lege ferenda* ainda mais toldavam o assunto, como aconteceu com a arenga de MANUEL DE ALMEIDA E SOnSA r

(Fascículo de Dissertações, 1, 841-344), que aliás cometeu o êrro de crer real a ação do art. 1.664 do Código Civil francês: "Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de reméré n"aurait pas été déclarée dans le second contrat"; êrro, dissemos, pôsto que a própria doutrina posterior tivesse querido insinuar a eficácia real.

(No contrato de compra-e-venda com pacto *de retrovendendo* não há condição suspensiva, nem resolutiva, nem fidúcia, nem outro contrato, com condição suspensiva, de compra, como queriam ALEERT RROHN, *Die Wiederkauf nach. gemeinem und preussiseflem Recht,* 13; W. SCHÚTZE, *tber rUe Bedeutung, Wirksamlceit uud das gegenseitige*

Verhàltnis des pactum de retrovendendo, pactum de retroemendo *und des* pactum displicentiae *beim Kauf,* 13; ULRICH FRHR. VON WANGENHEIM, *Das Wiederlcaufsrecht,* „7; ARTEUR KOHLER, Die Resolutivbedingung, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 15, 4; FEANZ SIEBERT, *fie .&echtliche Natur des Wiederlcaufsrechtes,* 45 s. O pacto pode ser fora, mas, de ordinário, é apenas cláusula. Nem se pode pensar em pré-dívida (Vorverpflichtung), como queria W. STINTZING *(fie Vorverpflichtung im Gebiet der SchuldverMltnisse,* 11 e 35; cf. GEORO MILARCH, *Wesen, insbesondere rechtliche Konstruktion des Wiedorkaufsrechts,* 64 s.).

Empregamos, por vêzes, a expressão "pacto". Com isso não queremos dizer que se trate de outro negócio jurídico. Estamos a examinar cláusulas contratuais, que talvez possam ser conteúdo de negóciós jurídicos à parte.

O que aqui nos interessa é apenas o contrato de compra-e-venda com as suas cláusulas diferenciadoras.

§ 4.304. Frutos do bem retrovendido

1. A QUEM PERTENCEM OS FRUTOS DO BEM ANTES DA RETROVENDA. Os frutos, até o dia em que se exerce o direito formativo gerador, pertencem ao comprador. Mas pode havê-los pendentes. Dai a discussão: uns *(a)* entendiam que os frutos pendentes, ao tempo de se exercer o *jus retrovenditionis,* haviam de pertencer ao comprador, até então dono do bem e sem qualquer mora (assim era na Catalunha; e assim pensaram 5. DE

COCCEIUS e C. A. GÚNTEER) ; outros *(b)* adotaram a divisão *pro rata temporis* e essa foi a solução do direito luso-brasileiro (DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *Tractatus de Donationibus,* III, Cap. 43, ns. 66-68; NUNO DA COSTA CALDEIRA, *De Privitegija ereditorum Tractatus,* reg. 1, ampl. 2, n. 66; cf. Levítico, Cap.

25, 27).

efeitos. Pois que se exerceu, irradiaram-se êsses. Assim, tem o comprador de entregar o bem, cooperando na transcrição. No lugar do direito à retrovenda, ou ficou o direito de propriedade, ou a ação pessoal contra o comprador inadimplente.

2. SOLUÇÃO DO PROBLEMA. A segunda opinião resultou da indevida invocação da L. 7, § 1, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur,*

24, 8, de que foram responsáveis M. BERLICHIUS *(Conclusiones practicabiles,* II, cond. 2, n. 69) e B. CARPzOV *(lurisprudentia forensis,* II, const. 1, def. 20, n. 5). Não tem ela apoio no direito do Código Civil, nem em ciência <*cf.* CHR. FR. VON GLÚCIC, *Ausfiihrlich,e Erliiuterung der Pan dekten,* 16, 228 s.).

§ 4.305. Extinção do direito à retrovenda

1. CASOS DE ExTINÇÃO. Termina o direito à retrovenda:

a) pelo exercício, isto é, pela declaração unilateral receptícia, ainda que não se faça útilmente, pela impossibilidade da execução; 19 pela preclusão do prazo; *c)* pelo perecimento do bem imóvel; *d)* pela renúncia.

O prazo não pode ser interrompido (4.2 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de fevereiro de 1948, E. *dos T.,* 143, 205) ; 2.0 Grupo de Câmaras Civis, 10 de julho de 1940, 136, 169), nem se suspende.

Trata-se de prazo preclusivo. Se acaso o comprador, que tinha de respeitar o direito à retrovenda que a língua alemã chama retrocompra, *Wiederkauf* e êsse direito independia da sua vontade, não atendeu ao exercício do direito pelo titular, e responde pelos danos, conforme os arts. 1.127 e 1.128 do Código Civil. Aliás, poderia ser invocado, também, o art. 159; porém aquelas regras jurídicas têm maior alcance.

2. CESSAÇÃO DE QUAISQUER EFEITOS. Extinto, pelo exercício, o direito à retrovenda, nem por isso cessam os seus prazos, aparecer quem ofereça maior vantagem". No parágrafo único, acrescentou-se: "Não excederá de um ano êsse prazo, nem essa cláusula vigorará senão entre os contraentes". A parte final do parágrafo único, introduzida pela Comissão da Câmara dos Deputados *(Trabalhos,* VI, 882), pré-exclui qualquer eficácia real e, até, *erga omnes* não real, do pacto de melhor comprador, pôsto que, quanto ao pacto comissório, possa r

existir. As conseqüências são assaz importantes. O pacto de melhor comprador, no sistema jurídico brasileiro, se registado no registo de imóveis ou registado o contrato no registo de títulos e documentos, nenhuma eficácia teria contra terceiro. Se o adquirente aliena o bem, não pode o terceiro que melhor preço oferece ir contra o nôvo

adquirente; a *fortiori,* se a condição não foi concebida como resolutiva, o que o art. 1.159 permite:

"O pacto de melhor comprador vale por condição resolutiva, salvo convenção em contrário". Resolutiva a condição, se houve acôrdo de transmissão e a transcrição se fêz, o direito formativo resolutivo só existe e só se pode exercer contra o alienante, e não contra terceiros. Se suspensiva, o oficial do registo deve negar-se a transcrever o acôrdo, pois não se admite, no direito brasileiro, aquisição da propriedade imóvel sob condição suspensiva. Se, resolutiva ou suspensiva a condição, houve acôrdo para a transcrição, mediante registo, há a transmissão, porém

o pacto de melhor comprador permanece no só plano obrigacional. Surgido melhor comprador, o vendedor tem ação para a resolução, ou para a declaração da não realização da condição (ineficácia . da relação jurídica), e para haver, se essa ou aquela por algum motivo não se pode dar, a diferença de preço. Também no Código Civil argentino, art. 1.398, se diz:

"El pacto de mejor comprador se reputa hecho bajo una condicione resolutoria, si no se hubiere pactado expresamente que tuviese ei caracter de condición suspensiva". Não se proibiu a eficácia real. ProXbiu-se o pacto mesmo quanto aos móveis (art. 1.400, alínea a) : „<Si la cosa vendida fuere mueble, eI pacto de mejor comprador 1

no puede tener lugar". Tal limitação passou ao Código Civil brasileiro, art. 1.160: "Ésse pacto não pode existir nas vendas de móveis".

Os textos argentinos e brasileiros provêm do *EsbOço* de TEIXEIRA DE FREITAS, arts. 2.095 e 2.097. O

conceito de melhor

comprador já contém a proposição "O comprador prefere a quem oferecer iguais vantagens" (art. 1.161), porém o Código Civil explicitou-o; mais minucioso o art. 1.401 do Código Civil argentino: "El vendedor debe hacer saber aí comprador quién sea eI mejor comprador, y que mayores ventajas le ofrece. Si el comprador propusiese iguales ventajas, tendrá derecho de preferencia; si no, podrá el vendedor disponer de la cosa á favor dei nuevo comprador". No *EsbOço,* art. 2.098, TEIxEIRA DE FREITAS escreveu: "Compete únicamente ao vendedor deci.dir qual seja o comprador, que melhores vantagens lhe oferece; mas, se o comprador lh~ fizer essas mesmas vantagens, terá o direito de preferência". Esse direito é direito a

contra-ofertar, que se construíra como de preferência, e vem da L. 6, § 1, O., *de in diem addiet.ione,* 18, 2 (texto de tJLPIANO, que se reporta a POMPÔNIO).

O exercício do direito à adicção a outrem, que melhores vantagens ofereça, é em declaração unilateral de vontade receptícia, e já PAULO (L. 8, D., *de in diem addictione,* 18, 2) o frisou: "Necesse. . . habebit venditor meliore condicione alíata priorem emptorem certiorem facere, ut, si quid alius adicit, ipse quoque adicere possit". O

vendedor necessita de comunicar ao comprador, para que fique certo, haver quem ofereceu melhor vantagem, para que, se o outro aditou, também possa o comprador aditá-la. Se o comprador não se prontifica a fazê-lo, isto é, a aditar ao preço originário, o vendedor adicto (zs faça adicção) ao terceiro. PAULO (L. 7 e L. 8), elegantemente, usa os dois verbos parecidos (addicere, adicere), que correspondem *a addictio* (adicção) e a *aditio* (adição, acréscimo, soma).

"Se, dentro no prazo fixado, o vendedor não aceitar proposta de maior vantagem, a venda se reputará definitiva" (art. 1.162). O prazo é essencial; se não foi estabelecido, a cláusula é inexistente, não só nula. A ação para declará-lo é a ação declarativa; mas, levado a juízo o contrato, o juiz de ofício pode dizê-la inexistente. Quanto a ser, *in easu,* resolutiva ou suspensiva a frondição, rege o art. 1.159, que é dispositivo. Se foi estabelecido o pacto de melhor comprador quanto a bens móveis, é inexistente (art. 1.160).

A expressão "definitiva" foi infeliz. A compra-e-venda, como contrato, já era definitiva. Se resolutiva a condição, o que *é* o *quod plerum que tU,* a própria eficácia se completou, tendo havido transmissão da propriedade. Se suspensivo a condição , não se irradiou tôda a eficácia, de jeito que definitivo foi o contrato em si, pôsto que a sua eficácia fique, no prazo, suspensa. Em „tudo isso, o que se nota é a falta de atenção -~ diferença entre conclusão (existência do contrato) e eficácia.

3.DIREITO DE PREFERÊNCIA DO COMPRADOR. O direito do comprador, se adita ao próprio preço, que ofertara, é exercido em declaração unilateral de vontade receptícia, e tem eficácia extintiva do direito formativo resolutivo do vendedor, se igual, pelo menos, à oferta do terceiro a sua contra-oferta, ou torna, de si só, definitiva a compra-e-venda sob condição suspensiva. Se houve do]p ou culpa do vendedor na comunicação da oferta do terceiro e o comprador aditou ao preço, pode ir contra o vendedor para haver o excesso, fundado em

dolo ou culpa r

contratual. Se, pela falsidade da comunicação, houve adicção a outrem, dá-se o mesmo, satisfeito, ainda, o interêsse negativo.

Se muitos os vendedores, a melhor oferta há de ser aceita por todos. Se não no é, incide o art. 1.162. Se a venda foi de partes indivisas ou divisas, e não da coisa comum, pode haver tantas melhores ofertas quantas as ofertas que foram feitas e tantas contra-ofertas pelo comprado‟r (M. 1. CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos no Direito civil* brasileiro, 1, 350). Se muitos os compradores, qualquer dêles, salvo se compraram, separadamente, partes indivisas ou divisas, pode contra-ofertar, se os outros ou algum ou alguns não aditam ao preço originário.

O direito pessoal do vendedor e o do comprador são transmissíveis, a causa de morte ou entre vivos.

4. CLÁUSULA “SALVO VENDIDO”, OU “SALVO VENDA NO INTERVALO”. Aqui, o vendedor faz a oferta, ainda não sabe se o comprador a aceita; daí ressalvar a possível venda no intervalo. O vendedor mantém a oferta, não a pode revogar, salvo implicitamente, pela venda a outrem. A venda pode ser feita enquanto não chega ao vendedor a aceitação. Chegando, concluido está o contrato de compra-e-venda- Na prática do Brasil, a cláusula não faz revogável a oferta, como o seria qualquer oferta não concebida como irrevogável. Só há um meio revocatório, que é o da venda no intervalo. Daí ser necessário que em verdade a venda se tenha concluído antes de chegar ao vendedor a aceitação e dentro do prazo, se o houve.

Se a operação se fêz antes de terminar o prazo e antes, pois, de qualquer aceitação, porém não foi de venda, o vendedor responde por perdas e danos ao comprador que aceitou dentro do prazo e a tempo de ser recebida a aceitação. Idem, se, recebida a aceitação, o oferente vendeu a outrem.

A cláusula “salvo vendido” de modo nenhum se confunde com o pacto de melhor comprador, que já supõe a conclusão da compra-e-venda. Mesmo se se disse “salvo melhor comprador” e só se trata da sorte da oferta.

É preciso evitar-se qualquer confusão entre os pactos de que aqui falamos e o pacto de melhor comprador, regido pelos arts. 1.158-1.162 do Código Civil.

A *oddictio in diem* é a cláusula ou pacto em que se estabelece que, dentro de certo prazo, se o vendedor encontra quem compre o bem por melhor preço, ou por modo melhor, pode Ale vendê-lo, se o comprador não promete o mesmo.

O pacto de melhor comprador é apenas uma das espécies, a espécie romana, que hoje não se usa muito. Outras espécies se têm na *cláusula "salvo confirmação",* ou na *cláusula "salvo aprovação da diretoria",* ou nou1 „a semelhante.

Tem-se de afastar a opinião que vê no pacto de melhor comprador direito de preferência a favor do comprador *(e.*

g., FRANCESCO DEGNI, *La Compravendita,* SY ed., 140)- A preferência seria a comprar, a fazer-se comprador: a compra-e-venda ainda não existiria. Na *in diem. addictio* já há compra-e-venda: o comprador está apenas sujeito à aparição de quem dê mais e a criar-se a alternativa de prestar o mesmo e do mesmo modo, ou sofrer a deseficacização (cfr. SILVIO ROMANO, *Note sulia* ii diem addictio, 1 s.; FRANCESCO DEGNI, *La Com prave-ndita,* g□a ed., 139 s.; TORQUATO CUTURI, *Vendita, Cessione e Permuta,* 522). Tão-pouco se confunde com o negócio jurídico de opção.

1.EFICÁCIA DAS DECLARAÇÕES UNILATERAIS DE VONTADE DO VENDEDOR E DO

COMPRADOR. A eficácia é *ipso jure* (L. 9, *de in diem adictione,* 18, 2: "Escreveu Sabino que é licito ao vendedor recusar a melhor condição oferecida e ater-se à primeira como melhor e assim o praticamos. Mas jque (sucede) sa expressamente se havia tratado que seria lícito ao comprador resilir havendo-se oferecido melhor condição? Haver-se-áde dizer que se dissolve a primeira compra, ainda que o vendedor não admita a seguinte"; cf. J. YTNCER, *System,* II, 490, nota 27).Seo comprador oferece mais, fica incólume a venda. Se o vendedor entende que isso não se deu, ou que não aditou suficientemente ao preço, a ação é ação declarativa negativa.

Ocorrendo a resolução, por se dar a adicção ao melhor comprador, desaparecem todos os direitos e encargos que o comprador criou sôbre a coisa, exceto os frutos percebidos, se não houve convenção em contrário (L. 14, § 4, D., *de in diem addictione,* 18, 2).

Lê-se no Código Civil, art. 1.156: "Responderá por perdas e danos o comprador, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens, que lhe oferecerem pela coisa". A responsabilidade do comprador

existe, mesmo se o vendedor não mais pretende exercer o seu direito formativo gerador. No momento em que deveria o comprador ter informado o vendedor é que se aprecia o comêço dos danos sofridos por lhe ter sido prestada a informação.

2. NATUREZA DO CONTRATO COM PACTO DE MELHOR COMPRADOR. Lê-se no Código Civil, art.

1.159: “O pacto de melhor comprador vale por condição resolutiva, salvo convenção em contrário”. O contrato de r

compra-e-venda é que passa a ser resolúvel se outrem, dentro de determinado prazo, quer comprar por melhor preço. “O comprador prefere a quem oferecer iguais vantagens” (art. 1.561).

3. PRECISÕES. Uma vez que o pacto de melhor comprador pode ser concebido como condição suspensiva ou como condição resolutiva e se supôe, dispositivamente, ser resolutivo, de modo nenhum se confunde com o *pacto de resolução potestativa.*

Há de haver prazo. Se não o há, é nulo o pacto. O têrmo é-lhe essencial.

Preço superior é o elemento que faz melhor o comprador; porém não é o único. Qualquer diferença nas cláusulas que seja mais favorável ao vendedor configura a superioridade da oferta (tempo ou lugar da entrega, pagamento à vista, ou a menor prazo).

O vendedor não fica adstrito a que o terceiro lhe faça a oferta. Pode invitar a que lhe ofereçam melhores cláusulas, ou êle mesmo oferece. O que importa é que se possa pensar na manifestação de vontade, já feita ou por fazer-se, do terceiro.

Se a oferta ou a aceitação pelo terceiro é falsa ou simulada, falta o pressuposto para se pôr o comprador na alternativa.

Se, após a restituição do bem, se descobre a falsidade ou a simulação, o comprador pode pedir a resolução do contrato por inadimplemento, com a indenização de perdas e danos, ou a devolução do bem, com o ressarcimento.

Não basta a melhor oferta ou melhor aceitação para que se dê o desfazimento. O comprador tem de conhecer a situação, para se decidir.

Se a compra-e-venda com cláusula de melhor comprador se fêz sob condição suspensiva, ainda não se transferiu ao comprador a propriedade, nem, em consequência, provàvelmente, a posse. O contrato de compra-e-venda foi concluído. O que falta é a‟ eficácia, salvo u mínimo efeito, que é o da simples vinculação. Por isso mesmo não houve *acórdo de transmissão,* O vendedor não tinha de adimplir. Aguarda-se o implemento, ou o não-implemento da condição.

Addicere é assinar, adjudicar, atribuir. Se a condição é suspensiva, o retardamento crnicerne à aquisição (na *in diem addictio,* pendente a condição resolutiva, a propriedade já é do outorgado, cf. A. HEísE-F. CROPr‟,

.*Jurjstische Abhandlungen,* 1.426; J. ER. P. SCHULIN, *De rebus sub resolutiva in diem addictionis vel commissoria lege venditis,* 1‟7 s.) -

No pacto de melhor comprador, há oportunidade para o vendedor. Econômicamente, isso não afasta que aos interessados na compra, diante da necessidade de vender em que se acha o outorgante, convenha prestar o preço que fica sujeito a ser superado, tanto mais quanto se lhe deixa o ensejo de oferecer o mesmo, ou mais do que o terceiro oferece.

Não se pode dizer que não mais se use do pacto de melhor comprador, pôsto que, na prática, se apresente mesclado a outras figuras.

CAPITULO VIII

PACTO COMISSÓRIO

§ 4.308. Conceito e natureza

1.“LEx COMMISSORIA”. A compra-e-venda pode concluir-se sob condição suspensiva ou resolutiva. Se o sistema jurídico admite a nua vontade como condição é outro problema, o da validade da *lez commissoria,* pacto comissário ou cláusula comissória. *E.* g., por cláusula do negócio jurídico, fica sujeito todo o negócio jurídico a resolução em caso de falta de pagamento, desde que o vendedor exerça o direito formativo resolutivo que daí deriva. Pouco interêsse tem se o sistema jurídico não lhe atribui eficácia real, que, a respeito de quaisquer bens, somente poderia resultar do registo, que lhe desse

publicidade.

Ainda no comêço da época imperial, o direito romano tinha a *lez commissoria* como inserção de condição suspensiva, para que tivesse‟ eficácia real a cláusula a favor do vendedor. No intervalo, não ppdia o comprador dispor da coisa, nem podia usucapir. Foi a JULIANO que se deveu e se deve a construção jurídica da *lez commissoria* e da iii. *diem ad~dictio* como cláusulas ou pactos de condição resolutiva (L. 2, § 8, D., *pra emptore,* 41, 4: “Sabino disse que, se foi comprada de modo que se tivesse por não comprada se não pago o dinheiro até éerto dia (intra diem certum), não a usucapirá, salvo se foi solvido o dinheiro. Mas vejamos se isso é condição, ou r

convenção:

se é convenção, mais se resolve que se imple”; § 4: “Se a adicção foi feita a têrmo (in diem), [isto é, que a compra se faça perfeita se outrem não oferecer melhor condição, opinava Juliano que os frutos seriam do comprador e procedia a usucapião: e dizia que se não contratava, mas se resolvia, opinião que é a verdadeira”. A interpolação poderia fazer pensar-se, erradamente, em que a transformação do direito só se operara para a *in diem addictio;* em verdade, o pendor de JULIANO para construções com a resolutividade, em vez da suspensividade, era tão grande que, se, aí, prestou grande serviço, noutros lugares *(e. g.,* L. 14, D., *de mortis causa donationibus et capionibus,* 39, 6, quanto à doação a causa de morte) foi excessiva. Deve-se a H. FITnNG (Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, *Zeitschrift f‟iir das gesamte Handelsrecht,* II, 262 s.) o primeiro estudo da transformação juliana da condição suspensiva em condição resolutiva.

2. DIREITa ANTERIOR. Nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Titulo 60, § 4), dizia-se: “E no caso, honde o vendedor ao tempo do contranto deu espaço ao comprador pera lhe pagar o dito preço, se lho elIe nom pagar ao dito tempo, poderá elle logo cobrar a dita cousa do dito comprador, e nom se poderá elIe escusar de lha tornar, por lhe offerecer o dito preço, pois lho nom pagou, nem offereceo ao tempo que prometeo; pero se elIe ante quiser aver o preço, por que a cousa vendeo, podello-á bem fazer, quando lhe aprouver”. Cf. Ordenações Manuelinas (Livro IV, Titulo 37, § 8) e Ordenações Filipinas (Livro IV, Titulo 5, § 8: “E vendendo algum homem alguma coisa moveI, ou de raiz, sob condição, que se lhe o comprador não pagar o preço dela ao dia por êle assinado, a venda seja nenhuma, se o comprador até o dito dia não pagar, a venda será nenhuma, conforme a condição della.

Mas se passado o dia da paga o vendedor requereu ao comprador, que pague o preço da coisa comprada, que lhe

.houvera de pagar no dia já passado, não poderá já desfazer a venda contra a vontade do comprador, porque deixou o direito, que tinha; pois pudera desfazer a venda por bem da condição, por lhe não ser feita a paga, e pediu e dou o pagamento, sendo passado o dito dia". O texto põe bem vivo tratar-se de direito formativo resolutivo, que expirava ao ser exercida a pretensão ao preço (cf. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis,* art.

533) e hoje expira nos dez dias seguintes ao não exigir (art. 1.168, parágrafo único).

8. PACTO COMISSÕRIO. Diz o Código Civil, art. 1.163: "Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato ou pedir o preço". E o parágrafo único: "Se, em dez dias de

verfcido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda". O art.

1.163 permitiu o pacto comissório na compra-e-venda, e não se referiu aos demais contratos; cf. art. 765.

Entende-se que o permitiu na troca, se uma das coisas há de ser prestada depois.

O direito formativo resolutivo pode ser exercido pelos sucessores do vendedor contra o comprador ou seus sucessores.

O prazo é preclusivo.

Para efeito real, é preciso que se tenha registado ao mesmo tempo que a compra-e-venda. Tratando-se de imóveis, a espécie cabe no Código Civil, art. 647, apenas com a particularidade de ter o vendedor de exercer o direito formativo resolutivo no decêndio.

Passado o decêndio, a ação, que resta ao vendedor, é a ação pessoal para haver o preço.

~ preciso que se não confunda o pacto comissório, ou o pacto de melhor comprador, com a *cláusula "salvo confirmação"* ou com a *cláusula "salvo recebimento em caixa".* Da! têrmos de falar dessas duas cláusulas, interrompendo o assunto.

4.CLÁUSULA “SALVO CONFIRMAÇÃO” OU “SALVO RECEBIMENTO EM CAIXA”. Na disciplina do contrato de compra-e-venda, que está à base mesma da vida econômica dos povos, as cláusulas são muitas e sugeridas por interêsses práticos. Uma das cláusulas freqúentes é a *cláusula “salvo confirmação”,* ou *cláusula*

“salvo recebimento em caixa”, assaz utilizada pelas emprêsas industriais e comerciais para que operem os seus caixeiros-viajantes, os seus agentes autônomos e os seus vendedores a domicílio. Mediante ela, o contrato (diz-se) conclui-se, mas é dependente da *confirmação.* O comprador está vinculado. Alguém falou pelo vendedor, porém não o vinculou. Ou se explica que não se concluiu o contrato que apenas o intermediário declarou ser provável, talvez muito provável, que o vendedor aceite a oferta (então a atividade do intermediário teria sido mera *invitatio ad offerendu*“*ni),* ou que se trata de algo enantiomórfico à compra-e-venda a contento, que é com base em condição suspensiva. ~ de afastar-se a construção como compra-e-venda com *opção.*

Que o contrato se concluiu, resulta de haver eficácia *ex tune* se advém a confirmação. Todos os efeitos são desde o dia em que o intermediário obteve a vinculação do comprador.

r

A Construção da compra-e-venda “salvo confirmação” como condição suspensiva de caráter potestativo (PAOLO GRECO, *La Compravendita e altri contrat ti, 43)* é de repelir-se. Seria condicionalizar-se o que é elemento essencial do contrato:

o consenso. Tão-pouco se há de acolher a construção que faz só concluído o contrato quando a confirmação se dê: a eficácia seria *ex nunc,* e no entanto é de eficácia desde a conclusão ou segundo as cláusulas contratuais que se cogita. Não há essa condicionalidade suspensiva, nem há a resolutiva.

Há sempre prazo dentro do qual o vendedor tem de confirmar, ou não, a oferta (ou a aceitação) feita pelo intermediário, de modo que, não advindo a confirmação, se tem por recusada pelo vendedor. O que obscurece a figura é a pessoa que se interpôs, sem ter podêres para a aceitação definitiva.

As teorias que procuraram explicar a compra-e-venda com a *cláusula “salvo confirmação”* foram várias: a)A *teoria da oferta irrevogável de compra-e-venda* (estritamente, de venda), segundo a qual o <futuro> comprador faz a oferta de compra-e-venda e conclui contrato

acessório; negócio jurídicb adjecto, que torna irrevogável a sua oferta até que se preclua o prazo em que o (futuro) vendedor teria de manifestar a sua vontade (confirmar, ou não confirmar; aliás, aí, aceitar ou recusar). Não seria possível aos sustentadores de tal teoria explicar a retroatividade da eficácia do contrato (eficácia *ex tune,* isto é, desde o dia em que estiveram em contacto o [futuro] comprador e o intermediário).

b)A *teoria da confirmação ou revogação,* segundo a qual o contrato de compra-e-venda foi concluído e é eficaz, porém ficou ao vendedor poder de revogação: ou confirma, ou revoga. Tal teoria reduz a confirmação a atividade negativa da revogabilidade, por importar renúncia ao poder de revogação. O prazo preclusivo teria o efeito de excluir o poder de revogação.

c)A *teoria da opção de venda, na compra-e-venda com a cláusula "salvo confirmação".* Aqui, vê-se a opção, oriunda de contrato acessório, de modo que o comprador se vincula e o intermediário vincula o vendedor, se êsse, dentro do prazo, não se manifesta contra a vinculação.

d)A *teoria da compra com pacto comissário contrato concluido sob condição sus pensiva.* Quando se manifestaram o comprador e o intermediário, concluído ficou o contrato de compra-

-e-venda com a cláusula "salvo confirmação", mas houve a inexidade da condição suspensiva ou da condição resolutiva por parte do vendedor. Tal a opinião prevalecente e a que se extrai, por analogia, do Código Civil, art.

1.144. A confirmação não é mais do que implemerto da condição, se suspensiva a condição, ou inadimplemento, se resolutiva. No Código Civil brasileiro, o art. 1.146, por analogia, resolve o problema da falta de manifestação por parte do vendedor. Vir-se-á que, se suspensiva a condição, seria condição suspensiva potestativa, o que faria nulo o contrato de compra-e-venda (Código Civil, art. ~ 2a parte).

A confirmação não é aceitação, não conclui o contrato (já estava concluído); o contrato já estava concluído quando, perante o intermediário, com podêres para vinculá-lo e vincular sob condição o vendedor, o comprador manifestou a sua vontade. Se o vendedor não o confirma, dentro do prazo, desvinculado fica o comprador. Se o intermediário não tem podêres suficientes, ou se, tendo-os, preferiu apenas convidar o freguês a oferecer, há oferta do futuro comprador, a que se há d~ seguir aceitação do vendedor. Tal figura nada teria com

a da compra-e-venda am reserva de confirmação (compra-e-venda "salvo confirmação").

§ 4.309. Eficácia do pacto comissário

1.RESOLUTIVIDADE. A *lex cominissoria* permite-se para o caso de não se pagar o preço: "si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit" (POMPÔNIO, L. 2, llt, *de lego commissoria,* 18, 3). Há resolutividade; portanto, eficácia *ex time.* ~ a solução juliana que se insere no art. 1.163 do Código Civil.

O "desfazimento" pode ser direito de um só dos contraentes, ou de todos. Não pode ser a nuto *(ad nutum* > - Isso não quer dizer que o pacto comissório só se permita no caso que o art. 1.163 do Código Civil aponta. Cp. Código Civil, art. 115, 1~ e □

2 a partes.

2.DESFAZIMENTO. A lei diz que se há de "desfazer" o contrato, ou pedir o preço. O contrato ter-se-ia por não feito, e não só deseficacizado. O texto romano de POMPÔNIO faz pensar-se em desfazimento (inemptus sit).

Mas em verdade contrato houve e apenas se tem por não vendido o bem.

CAPITULO IX

r

DIREITO DE PREEMPÇÂO

§ 4.310. Conceito e natureza da preempçáo

II.TÉCNICA LEGISLATIVA. Mais atilado do que os outros legisladores, o legislador brasileiro colocou na matéria geral dos contratos as regras jurídicas sôbre vícios redibitórios, minoração do preço e evicção, em

vez de circunscrevê-las à figura da compra-e-venda. Porém êsse passo adiante não foi dado a propósito do direito de preferência. Há direitos de preferência que não têm como conteúdo a preempçáo e direitos de preferência que não derivam de negócios jurídicos com vendedores. Por isso, no Tomo XXXVIII, sôbre negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, dedicamos os §§ 4.263 e 4.264 ao direito de preferência.

Os direitos de preferência podem resultar de negócios jurídicos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.

Aqui somente nos incumbe tratar do direito de preferência para a compra, do *direito de preempção* .CONCEITO

DE DIREITO DE PREFERÊNCIA. A outorga de direito de preferência, em contrato de compra-e-venda, ou noutro negócio jurídico, dá ao outorgado o direito de, se o outorgante o vai alienar a terceiro, se substituir ao terceiro, nos mesmos têrmos em que o terceiro iria adquirir o bem.

É freqUente a inclusão de tal pacto em contratos de locação , ou de comodato, ou em negócios jurídicos de constituição de uso, de usufruto e de habitação. O locatário, ou o comodatâio, ou o usuário, ou o usufrutuário fica na situação de poder adquirir o bem se o proprietário o vai alienar a terceiro.

O direito de preferência pode ser oriundo de lei *(e. g.,* Código Civil, art. 1.189 e parágrafo único).

OCódigo Civil cogita do direito de preferência como direito irradiado a favor do vendedor (preempçâo, Vorkaufl.

É apenas uma das espécies. Çf., a respeito dos co-herdeiros, estatui o art. 1.777.

Trata-se de direito formativo gerador, com o qual se cria relação juridica de compra-e-venda mediante declaração unilateral de vontade, com o conteúdo que seria o de outro contrato de compra-e-venda entre o outro contraente e terceiro.

O art. 1.152 do Código Civil já foi analisado no Tomo XXXVIII, § 4.264, 4.

A preempção só se refere ao que é direito *vendivel.* Assim se há de entender o art. 1.152, □

de propriedade ou de posse pode ser objeto do direito de preempção.

Quanto à 1.~ parte do art. 1.152, o que diz é que o direita de preempção ou é de origem negocial, ou se baseia no art. 1.150. Mas isso de modo nenhum afasta que *lez specialis* crie outros casos, nem que se tenham por pré-eliminados outros casos de direito de preferência.

Pergunta-se:~não se pode incluir, por exemplo, em contrato de locação, ou outro, o direito de preferência quanto à sublocação, ou no contrato de troca o direito de preempção?

De modo nenhum (contra, a SY Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de novembro de *1949, R. dos T.,* 184, 135). Não só preempçãO pode haver.

Na locação soi-se pôr a cláusula de ter o locatário preferência na compra-e-venda do bem locado. Tal cláusula é válida.Use no Código Civil, art. 1.149: “A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquêle vai vender, ou dar em pagamento, para que êste use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto”.

A preempção pode advir de direito que se irradiou de negócio juridico bilateral, ou de negócio jurídico plurilateral, como pode derivar de negócio jurídico unilateral.

Assim, o direito de preempção oriundo de manifestação de vontade incluso em contrato de compra-e-venda, ou posterior a êle, *é* apenas espécie de direito de preempção.

O legitimado passivo, quando está em causa direito de preempção. tem o dever de oferecer (Código Civil, art.

1.149, *verbis* “obrigação de oferecer”). Se o não faz e os pressupostos para a preferência se compõem, pode o titular do direito de preempçãO exercê-lo. É a que diz o art. 1.151 do Código Civil: “O vendedor” e o que sofreu a desapropriação, ou quem é titular de direito de preempção sem ter sido vendedor “pode também exercer o ~eu direito de prelação, intimando-o ao- comprador, quando lhe constar que êste vai vender a coisa (a)Nas pegadas da doutrina, evidentemente superficiat do direito comum, conforme se pode ver em E. JAEGER

(Das Vorkaufsrecht ,uzch gemeineflt Recht, 21), E. DERNBIJRG *(Das Rúrgerliche RediL, II,* § 196) e E. LAUE

(Begrifi und Wesen des VorkaufsrecllttS nach dem BGB., 21), propagou-se *a teoria da preempçõA contratual ípr4contrato* (cf. POPPE, *fie iiffentliche Form /1 die Verpflichtuflil na tbertragitflP von Grundeigentum, 34* e r

41). Mas ioga se percebe o que há de errôneo em tal confusio. Preferir, na compra-e-venda, que advenha, não é ter direito à compra-e-venda, isto é, a que se contrate a compra-e-venda.

(b)Para 3. KBECH *(Die* Reohte *an Grundstitckefl,* 91), o direito de preempção é direito a intrometer-Se no contrato de compra-e-venda em que terceiro é, ou vai ser comprador. Direito de inserir-Se em vez do terceiro. ~ *a Eintrittstheorie,* que apenas ajude à eficácia, e não *à* natureza da cláusula de preempçâo *(teoria da entrada na> compra por outrem).* Cp. A. XÃ"rz *(Zur Lehre vom VorkGufsrecht,* 27) e ERNST KEETMPLNN *(Das persônliche und dingliche Vorkaulsrechte,* 19).

(e) Para a *teoria da oferta,* apenas existe, no pacto de retravenda portanto, em se tratando de retrocoifipra vinculação do outorgado à conclusão de contrato de compra-e-venda, por estar de pé oferta (O. PLANCK, *Ehirgerliches* Geaetz *buch,* II, 414; F. ENDEMANN, *Lehrbvjch* des *biirgerliohen Rechts, 1, S.*~ ad., 414; A.

ENGELMÃNN, *Das fiuirgerliche* Recht *Deutschlands,* 3.a ed., 348). É de notar-se, de início, que se quis frisar e explicar a unilateralidade do efeito *(O.* C. TREITSCHKE, *Der Kaufcontract,* 107).

(d)A *teoria da compra-e-venda condicionada* generalizou-se, por se terem visto, quase exclusivamente. os dois momentos: o da conclusão do contrato de compra-e-venda, seguido da transmissão, e o da prova da compra *(e. g.,* B. MATTHIASS, *Lehrbuch,,* 1, 526; R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhdltnisse,* 18; CARL CROME, *System,* II, 494; K. GUTBROD, *Der obligatorische GrundstUcksverdusserungsvertrag, 67;* WALTER

IMMERWAHR, Das dingliche Vorkaufsrecht des BCB., *Jherings Jahrbiicher,* 40, 296). No direito clássico, em que a oferta aformal não vincularia, seria difícil sustentá-lo.

(e)A *teoria da disposição a si mesmo,* dita *Erntdchtigungstheorie,* via no titular do direto à preempção titular de poder de disposição a concluir consigo mesmo a compra-e-venda (E. LAVE, *&griff und Wesen des Vorkaufsrechts,* 82).

(f) Algumas teorias surgiram que apontaram no direito de preempção direito oriundo de negócio jurídico unilateral, o que seria descentralizar o pacto ou a cláusula. As *teorias do negócio juridico unilateral* prestam atenção à declaração do titular para que o contrato de compra-e-venda se conclua, *e* não à fonte do direito *(e.* g., ERNST Brnwoa~r, *Ist die rechtliche Natur des obligatcrischen Vorkaufsrechts im BGB. ~edndert gegenilber dem gemeinen Rechte?,* 39). Delas resultou maior análise do direito de preempção, desde que F.

SCHOLLMEYER *(Das Recht der einzelnen SchuldverMltnisse,* 42) aludiu a direito extintivo (Einl6sungsrecht), E. LANDSBERG *(Das Recht des BGB.,* 1, 489) a direito potestativo (que êle chamava *Kônnrech,t)* e E. SEOKEL

(Die Gestaltungsrechte des biirgerlichen Rechts, *Festgabe* RICHARD KOCH, principalmente 210 e 218) procedeu a sua genial exposição sôbre os *direitos formativos.* No mesmo ano, 1908, E. ZITELMANN

(Internationales Privatrecht, II, 45) acentua a subjetividade do direito formativo, do *Kannrecht* (no mesmo sentido, O. SCHREINER, *liMe dingliche Sicherung des persônlichen Wiederkaufsrechtes,* 50).

3. BEM MÓvEL E BEM IMÓVEL, PREEMPÇXO. O direito de preferência tanto pode referir-se à preempção de bem móvel como de bem imóvel.

Há a preclusão do direito de preferência. Estatui o art. 1.153 do Código Civil: "9 direito de preempção caducará, se a coisa fôr móvel, não se exercendo nos três dias, e, se fôr imóvel, não se exercendo nos trinta subseqUentes àquele em que o comprador tiver afrontado o vendedor". Se não houve a afronta ou oferta, a intimação do legitimado passivo afasta a contagem do prazo preclusivo: não se iniciou.

4. CÓDIGO CIVIL, ÁRT. 1.157. Conforme dissemos no Tomo XXXVIII, § 4.264, o art. 1.157 do Código Civil é *jus dispositivum.* Pode-se admitir a transmissibilidade e a cedibilidade, ou só aquela, ou somente essa.

No art. 1.150, o Código Civil falou do direito *legal* de preferência, que tem o titular do direito de propriedade se há desapropriação. No art. 1.157 diz-se que o direito de preferência não se pode ceder, nem passa aos herdeiros.

Pergunta-se: o art. 1.157 é invocável se o direito de preferência, em vez de ter origem negocial, se funda no art.

1.150? A resposta há de ser negativa. O. art. 1.157 somente concerne aos negócios jurídicos de compra-e-venda trn que se inseriu ou se adjectou o pacto de preempção. Se houve desapropriação do bem de A e a União, o Estado-membro, ou o Município não mais vai dar ao bem o destino para que foi desapropriado, os herdeiros de A têm o direito de preferência. O art. 1.157 não apanha as espécies do art. 1.150.

Passa-se o mesmo nos outros casos de direito de preferência *ex lege,* como o do art. 1.189 do Código Civil.

5. NATUREZA DO DIREITO DE PREEMPÇÃO . Antes do exercício do direito de preempção não existe relação jurídica de compra-e-Venda. Por outro lado, o direito de preempção está condicionado, suspensivamente, *quanto ao seu exercicio,* se o sujeito passito vai concluir, ou quer concluir, ou concluiu com outrem o contrato de compra-e-venda, para o qual tem o preemptor o direito formativo gerador. O sujeito passivo não tem dever, nem, r

a fortioni, obrigação de vender: somente quando êle se decida a vender o bem, pode ser exercido o direito de preempção. É de repelir-se a concepção que vê à base do direito de preempçáo o. contrato de compra-e-venda que êle tem por fito, contrato com a condição suspensiva. Ainda não existe tal contrato de compra-e-venda. O que existe é o direito forinativo à criação dêle (direito formativo gerador). Tal verdade impôs-se <*e.* g,, H. WALsMANN, Em Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung, *Jh.erings Jahrbiicher,* 54, 278; A. VON Turnt, *Der Aligemeine Teu,* II, 458, e III, 278; HuGo KnEss, *Lehrbuch des besonderen Schuldrechts,* 46; H. SIBER, *Schuldrecht,* 248; cf. P. OERTMANN, *Reeht der Schuldverhtiltntsse,* II, nota 2-d ao § 497; JOSEF ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts,* 288; KARL LAuIENZ, *Lehrbuch. des Schuldrechts,* 1!, 84>. Cf. LEWANDOWSKI (Unterfällt der Vorverkaufsvertrag in Ansehung eines GrundstUcks der Formvorschrift des § 818 BGBI, *Gruchota Beitrdge,* 53, 565 s.>. Sem razão, por pensarem que já existe o contrato de compra-e-venda, sujeito a condição suspensiva (confusão, às vêzes, com a compra-e-venda a contento>, L. ENNECCERUS-H. LEHMANN *(Lehrbuch,* 1, 2, 852), CARL CROME *(Svstem,* II, 494), B.

MATTHIA5S *(Lehrbuch,* 1, 298, nota 1), A. TEN HOMF"EL *(Der Verstdndigungszweck im Recht,* 190). De modo nenhum se trata de pré-contrato, o que pôs de parte, decisivamente, CARL CROME *(Svstem,* II, 494> o pré-contrato suporia que, se tivesse sempre de declarar vontade dependente de aceitação. *A fortiori,* não se há de ver na estipulação da preempção simples oferta.

6. TROCA E OUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS. Pressuposto necessário para o exercício do direito de preempção é o ter em vista o sujeito passivo a venda do. bem, ou tê-la concluído. Não basta a doação, a troca ou outro negócio jurídico com disposição, ou promessa de disposição, sem preço em dinheiro <*e. g.,* L.

ENNECCERU5-H. LEHMANN, *Lehrbuch,* ~ 85.~ ed., 461; EH. LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht,* 102; PALANDT, *Hurgerliches Gesetzbuch,* 14.~ ed,, 504 s.; sem razão, E. JAEGER, *Das Vorlcaufsrecht nach gerneinein Recht,* 47). Se houve fraude à lei, ou propósito de eludir o direito de preempção, pode haver o exercício, perante a autoridade judicial, do direito formativo gerador (se há prova do preço dissimulado), ou a ação de indenização.

A dação em soluto é equiparada à venda.

A entrada, com o bem, em sociedade não se equipara a compra-e-venda.

No direito alemão, não se tem como compra-e-venda, para que se possa exercer o direito de preempçáo, a venda feita em *execução forçada,* por administrador de massa concursal *(e. g.,* síndico da falência, liquidante, nas liquidações coativas). No direito brasileiro, não há a regra jurídica do § 512 do Código Civil alemão.

No caso de venda a herdeiro, feita por outro herdeiro, para efeitos de partilha, ou outros, o direito de preempção pode ser exercido. Não há, no direito brasileiro, a regra jurídica interpretativa do § 511 do Código Civil alemão.

7. FORMA DO NEGÓCIO JURÍDICO. O negócio jurídico da outorga do direito de preempção está sujeito às regras jurídicas sôbre forma. Se, por exemplo, se trata de bem imóvel, rege o art. 184, 1, do Código Civil, ou, se é o caso, o art. 46 do Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou os arts. 138, pr., e §§ 1.0, 2.0 e 8.~, e 157

do Decreto-lei n. 9.760, de 6 de setembro de 1946, ou o art. 1.0 da Lei n. 5.872-B, de 10 de dezembro de 1927.

O direito negocial de preempção ou resulta de negócio jurídico à parte, ou de contrato de compra-e-venda. Se se trata de cláusula de preempção inserta no contrato de compra-e-venda, há de obedecer à forma do negócio jurídico de que é cláusula. Se é de negócio jurídico à parte que se há de cogitar, como, por exemplo, de *pactum de*

contraendum, não há exigência de forma especial para êsse, mas há, evidentemente, para a promessa de aquisição e para o acôrdo de transmissão em que os pré-contraentes hajam de ser figurantes.

É grave êrro a que se não forraram juristas estrangeiros considerar pré-contrato o pactô de preempção. Para isso muito concorreu a semelhança de expressão em lingua alemã *(Vorvertrag,* pré-contrato; *T/orkauf,* pré-compra, preempção).

8. DIREITO LEGAL DE PREEMPÇÂO. Quando o bem é individual, ou se tornaria, pela divisão, impróprio ao seu destino,e os comuneiros não quiserem a adjudicação a um só, que indenizasse os outros, tem, na venda, direito de preempçáo o comuneiro, em relação a estranho, ou a estranhos, ou, em relação a outros comuneiros, o que tiver benfeitorias mais valiosas, ou,se não as há, o de maior quinhão (Código Civil, art. 632; cf. art. 1.139:

"Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver, para si, a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de seis meses"; parágrafo único: "Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se os quinhões r

forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando o preço"; cf. art. 1.777).

Também há direito legal de preferência, em caso de locação de bem comum (Código „Civil, art. 636).

O senhorio tem direito legal de preferência, se o enfiteuta quer vender ou dar em soluto o bem gravado de enfiteuse (Código Civil, art. 683) ; e vice-versa (art. 684).

No caso de arrematação, o senhorio tem direito de preempção, em se tratando de bem gravado de enfiteuse (Código Civil, art. 689).

O direito brasileiro não tem o direito de preempção (nem qualquer direito de opção>, de origem negocial, com eficácia *real,* pôsto que possa ser atribuida ao direito de preempçlo (ou a qualquer direito de opção, se registável) a eficácia *erga ontnes* (Tomo V, § 569, 2). No direito alemão, há o direito real de preempção, mediante simples averbação feita no registo de imóveis.

9. PLURALIDADE DE TITULARES DO DIREITO DE PREEMPção.

Se há pluralidade de titulares do direito de preempção, só-mente pode ser exercido por todos. Se, porém, algum não quer exercê-lo, os outros podem exercê-lo pelo todo. A regra jurídica do § 513 do Código Civil alemão passou, com maior explicitude, ao Código Civil brasileiro, art. 1.154, onde se diz:

"Quando o direito de preempção fôr estipulado a favor de dois ou mais individuos em comum, só poderá ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem êle toque, perder ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita".

§ 4.811. Espécies e conteúdo da preempção

1. DESAPROPRIAÇÃO E DIREITO DE PREFERÊNCIA . No art. 1.150, o Código Civil, como que a equiparar a desapropriação à compra-e-venda, cogitou de direito de preempçáo que não tem origem em pacto incluso em contrato de compra-e-venda, nem, sequer, em negócio jurídico. Diz o art. 1.150:

"A União, o Estado ou o Município oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou". Note-se, de antemão, que há o direito de preempçáo, por parte de quem teve desapropriado o bem, e o dever da entidade estatal de *oferecer.* Tal oferta não é mais do que comunicação de fato:

falta da destinação que ensejou a desapropriação. O titular do direito de preempçáo exerce, ou não, o direito.

Resta saber se, não havendo a destinação para que se fêz a desapropriação e não tendo a entidade estatal oferecido o bem para o exercício do direito de preempçáo, pode quem o tem exercê-lo. A resposta é afirmativa. Uma vez que não mais se dá ao bem a destinação que se invocara para a desapropriação, pode o titular do direito formativo gerador exercê-lo, mesmo se a entidade estatal silencia, ou reluta. A ação pode ser proposta e o juiz tem de manifestar-se sôbre o não-cumprimento da destinação e sôbre o direito de preempção, *in ca.su.*

O direito de preempção pode resultar de lei, em vez de ser efeito de negócio jurídico. Numa e noutra espécie, depende de ir vender o bem aquêle que está vinculado (cf. Supremo Tribunal Federal, 27 de abril

de 1958, *A.* 3%, 107, 278).

A pessoa a que - foi desapropriado algum bem tem direito de preferência <Tomo XIV, §§ 1.612, 5, e 1.627, 4). Cf.

2.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de agôsto de 1954; 1.~ Câmara Civil, 19 de dezembro de 1950 *(R. dos T.,* 194, 255) ; 3Y Câmara „Civil, 1.~ de fevereiro de 1951. (91, 707) ; 6.~ Câmara Civil, 4 de maio de 1951.

2. CONTEÚDO DA PREEMPÇÃO . O conteúdo do contrato de compra-e-venda que resulta do exercício do direito de preferência é, em principio, o do contrato que o sujeito passivo fêz ou ia fazer, salvo no que se chocaria com aquêle, como, por exemplo, se há dívida que não seja de preço, razão por que se tem de avaliar a prestação secundária *(e. g.,* divida de fazer). Se a dívida entra na classe das dívidas de que cogita o art. 880 do Código Civil, tem-se de indagar se o contrato é de compra--e-venda, ou se o não é, devido, então, à relevância da prestação prometida.

Se o sujeito passivo ia permitir prazo de pagamento ao terceiro, mas exigia garantia, tem o titular do direito de preempção de prestá-la (cf. Código Civil alemão, § 509).

Se o bem, que foi ou vai ser vendido a terceiro, está no contrato conjuntamente com outros, por um só preço, o titular do direito de preempção tem de pagar a parte proporcional.

Lê-se no Código Civil, art. 1.156: “Responderá por perdas e danos o comprador, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens, que lhe oferecerem pela coisa”. Ai, há *dever de comunicação,* que tem o outorgante do direito de preempção. A infração de tal dever é infração semelhante à de qualquer dever; apenas, no art. 1.156, foi r

explícito a lei em dizer que ao outorgado cabem a pretensão e a ação de indenização. Os danos têm de ser avaliados e não se pode, *a priori,* determinar quais sejam. Se o outorgado precisava do bem para completar outro, necessário a algum propósito seu, alegado e provado, tal dano também se inclui.

3. DIREITO DE PRIORmADE. Diferente do direito de preempção, direito formativo gerador, há a *outorga de prioridade* <Vorhand; cf. HA~s CARL NIPPERDEY, Vorhand, Vorkaufsrecht und Einlósungsrecht, *Zentralblatt flir Handelsrecht,* 80, 800), pela qual o outorgante se vincula a *oferecer* antes ao outorgado, se algum dia

quiser vender o bem, Não precisa já ter cogitado de vender a alguém, dando-se assim oportunidade à preferência. HANS

CARL NIPPERDn viu, aí, pré-contrato sob condição suspensiva: a condição é a *vontade* de vender, por parte do outorgante, o que se pode provar por seus atos de punetação, de anúncios, de conversas, ou de dação de procuração a alguém.

No caso de o sujeito passivo alienar o bem, sem que antes houvesse feito a oferta, ou, se a fêz, antes de ter havido a recusa, segundo os princípios da oferta e aceitação, ou a renúncia ao direito de prioridade, tem de indenizar os danos causados ao titular do direito de prioridade.

4. DIREITO DE OPÇÃO . Nesta obra, temos, por vêzes, exposto o que era preciso expor-se a respeito do direito de opção *<Optionsrecht)*. Direito de opção *é* o direito de constituir ou desconstituir relação jurídica contratual, mediante simples manifestação unilateral de vontade. Não só o contrato de compra-e--venda pode ser constituído com o exercício do direito de opção. Pode-se optar pela locação, quer de coisa quer de serviço, pela entrada em sociedade, ou por outro qualquer contrato. Em certo sentido, o direito de preferência e o direito de retrovenda, ou.

em geral, de retracto, parecem direito de opção com eficácia submetida a condição (cf. JOSEF ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts,* 288). Não se pode considerar o direito que corresponde ao destinatário de oferta de contrato com prazo, enquanto o oferente está exposto à aceitação, como direito de opção. Ai, não se opta: ou se aceita, ou se recusa. O têrmo "opção" estaria em sentido atécnico.

No direito de opção, quando se refere a contratar, há a conclusão de um contrato, que só depende do exercício do direito, sem que haja, pendente, a oferta. Tudo se passa unilateralmente.

Quando se atribui a outrem ficar, ou não, com o bem, ou assumir, ou não, titularidade, ou posição passiva, dá-se-lhe direito formativo *(Gestaltungsreckt),* às vêzes criativo, às vêzes modificativo, às S"êzes extintivo.

O direito de opção pode ser efeito de negócio jurídico bilateral, o que é mais freqúente, de negócio jurídico plurilateral, de negócio jurídico unilateral, ou de incidência de lei.

A diferença entre o direito de opção e o direito oriundo do pré-contrato está em que, à base do direito de opção, não há crédito e

débito do outorgado e do outorgante, como há no pré-contrato, O direito de opção, em se tratando de contratar, é direito formativo gerador: o seu exercício *gera* o contrato. Daí ser exigida ao contrato de opção a observância das regras jurídicas de forma, concernentes ao contrato que o exercício do direito de opção vai constituir.

O contrato de opção é que determina o conteúdo ou o mínimo de conteúdo do contrato que se constitui com o exercício do direito de opção.

A pretensão para a transmissão 4a propriedade do bem, ou de outro direito, pode ter efeitos *erga omnes* com a *averbação.*

É usual nos contratos em que se explora negócio especial, ou se presta serviço profissional, a *cláusula de concentração,* pela qual o contraente se vincula a somente exercer determinado comércio, ou atividade, para certa pessoa, física ou jurídica, ou com certa pessoa, física ou jurídica, ou através de determinada pessoa jurídica.

A importância de tal cláusula pré-exclui qualquer renúncia ou novação que não seja fora de qualquer dúvida. O

art. 1.098 do Código Civil incide.

Quanto à outorga de opção, nem sempre os juristas examinam com atenção a figura. Pretendeu-se mesmo que se tratasse, apenas, de oferta irrevogável *(e. 9¼,* LORENZO MOSSA, *Diritto cominerciale,* 1, 800; E. REDENTI, *Dei Contratti di alienazione a titolo oneroso,* 69). Estar-se-ia diante de oferta com prazo, ou sem prazo mas irrevogável por cláusula contratual. Primeiramente, a outorga de opção pode ser em contrato unilateral, ou em contrato bilateral, ou em negócio jurídico plurilateral, ou em negócio jurídico unilateral. O contrato de opção é espécie. A outorga de opção é que é o gênero. Da! a falha do Código Civil italiano, art. 1.881, de só se referir ao contrato *(verbis* “le parti convengono”), aliás com alusão descabida à aceitação.

Não se há de confundir a figura da opção (do direito de opção) com a oferta irrevogável, nem com o pré-contrato unilateral de compra-e-venda, nem se há de tentar explicá-la como oferta de contrato definitivo de r

compra-e-venda com pacto adjecto que torna irrevogável a oferta.

Primeiramente, é de admitir-se que o direito de opção, *efeito,* como é, pode resultar de negócio jurídico unilateral ou de negócio jurídico bilateral, de contrato unilateral ou de contrato bilateral, ou, até, de negócio jurídico plurilateral. O que importa é que alguém tenha o direito a que não corresponda outro direito do outro interessado, nem sempre outro contraente.

A opção pode ser efeito de pacto adjecto, porém isso nada tem com a sua estrutura essencial. Tão-pouco se pode dizer que se origine sempre do contrato. Em relação ao pré-contrato, há,na opção, direito a contrato, que se exerce unilateralmente, porque já se quis o contrato pelo qual se opta, ao passo que, no direito formativo gerador, ou modificativo, do pré-contrato, o que se pode querer é a conclusão ou modificação de contrato, atos futuros. Dai não ser preciso propor-se a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil: não se pede que se conclua o que concluído já está.

O prazo para o exercício do direito de opção é o usual. Não é, porém, elemento essencial. Se prazo não foi estabelecido, cumpre ao interessado pedir ao juiz que, dispositivamente, fixe *prazo razoável.* Se os usos e costumes determinaram prazo, o pedido ao juiz não tem cabimento. Também se pode pensar em ter sido implícita ou tácita a determinação pelos contraentes, ou pelos interessados, ou pelo titular do direito de opção. Em todo o caso, mesmo se os usos e costumes fixam prazo, ou se há divergência quanto à interpretação de alguma cláusula sôbre o prazo, os interessados podem exercer a pretensão à tutela jurídica, propondo a *ação declaratória* (Código de Processo Civil, art. 2.0, parágrafo único).

O direito de opção, salvo cláusula explícita, implícita ou tácita em contrário, ou regra jurídica oriunda da natureza do bem, ou ligada a pressuposto subjetivo, persiste a despeito da morte do titular, ou da sua incapacidade.

§ 4.312. Exercício do direito de preempção

1. AFRONTAÇÃO. Se há direito de preempção, o fato de ir vender o bem o sujeito passivo estabelece a exercibilidade do direito. A afirmação do propósito de venda, *enunciado de fato,* pode partir do sujeito passivo, ou do próprio outorgado, ou de terceiro, que se haja incumbido da afrontação a que se refere o Código Civil, art.

1.153, ou que apenas comunique ao outorgado ter recebido oferta do sujeito passivo e desejar que fique ciente o outorgado.

A exercibilidade começa do momento em que se caracteriza o propósito de venda. A afirmação é manifestação de conhecimento, de que emanam efeitos jurídicos específicos, se se atende ao art. 1.151 (Código de Processo Civil, art. 312), nu ao art. 1.152 („Código de Processo Civil, art. 811), ou ao art. 312, §2.0, □

1 a parte, do Código de

Processo Civil (cp. Código Civil, art. 1.151).

Qualquer que seja o exercício do direito de preempção, é preciso que o titular deixe claro que presta o mesmo ou mais (ou melhor) do que o terceiro, O art. 1.155 do Código Civil é explícito: "Aquêle que exerce a preferência, está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado ou o ajustado".

2.PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREEMPÇÃO . Se o outorgante afronta o outorgado, judicialmente (Código de Processo Civil, art. 311), ou extrajudicialmente, isto é, se comunica que vai vender ou dar em pagamento a coisa, há o prazo do art. 1.153: "O direito de preempção caducará, se a coisa fôr móvel, não se exercendo nos três dias, e, se fôr imóvel, não se exercendo nos trinta subseqUentes àquele, em que o comprador tiver afrontado o vendedor". A decisão da □

4 a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito

Federal, a 16 de agôsto de 1946 *(R. F.,* 110,448), que pré-excluiu a notificação ettrajudicial, foi contra direito.

O Código Civil, no art. 1.153, de modo nenhum limitou à interpelação judicial o exercício da atividade ao titular do direito formativo gerador; nem isso resulta da natureza de tal exercício. O Código de Processo Civil, art. 311, somente tinha de cogitar da interpelação judicial; se não se referiu .à interpelação extrajudicial, o argumento a contrário senso, ao interpretar-se o art. .311, seria de todo impertinente. A pré-exclusão da extrajudicialidade pode resultar da cláusula, ou do pacto, ou de lei especial; não está no art. 1.153, nem se infere do Código de Processo Civil. Se A e B inseriram no contrato de compra-e-venda a cláusula ou o pacto de preempção, pode A comunicar a B que tem o pretendente C, com oferta caracterizada, para que corra o prázo do art. 1.153. Se essa comunicação foi em têrmos adequados e recebida, não a pode o juiz dar por *ineficaz.* Não há texto legal que lho permita.

O outorgado pode ter-se informado por existir pré-contrato do

outorgante com terceiro, ou por ter o outorgante encarregado algum corretor, ou procurador, de vender a coisa, ou por ter o outorgante feito oferta a alguém, ou ao público. Se o sujeito passivo e o terceiro simulam vender por x, vendendo, em verdade, por x y, tem o outorgado ação para provar a simulação (art. 102, II). O terceiro é litisconsorte passivo necessário.

r

O prazo do art. 1.153 do Código Civil pode ser menor, se se fixa no pacto de preempção; e pode ser maior. A dilatação ou diminuição do prazo por pacto posterior é alteração do pactado.

O prazo é para dentro dêle se exercer o direito de preferência. Se não se exerce, preclui o direito de preferência (cp. Código Civil, art. 683). Pelo exercício, vinculado ficou à compra o preferente; sem que possa revogar a declaração de vontade, ou retratar-se. Em todo caso, como declaração unilateral de vontade, pode ser desconstituida por invalidade (nulidade, anulabilidade) e ser-lhe declarada, se a espécie ocorre, a ineficácia, inclusive em matéria de direito falencial.

Se o outorgado declara preferir, pode requerer, desde logo, o depósito do preço, ou apenas esperar que se marque o dia para a tradição do móvel, ou para a lavratura e assinatura. da escritura pública de compra-e-venda do imóvel.

O prazo é para que o titular do direito de preempção ou de outra preferência se informe e examine as circunstâncias, resolvendo comprar ou não, e para que se muna do numerário suficiente para a contraprestação.

Não havendo lei sôbre direito de preferência sem ser quanto à compra, discute-se se os prazos do art. 1.153 hão~

de ser invocados fora dos pactos ou cláusulas de preempção. ,A melhor solução é no sentido da analogia. Se nenhum prazo. foi estabelecido negocialmente, lia-vemos de assentar que se há de atender ao art. 1.153 do Código Civil.

Se o sujeito passivo, antes de expirar o prazo, ou sem ter afrontado o outorgado, vende o bem, comete ato ilícito absoluto (ofendeu a direito, não deixou, apenas, de solver obrigação). Nasce ao outorgado ação contra o sujeito passivo, ou contra o adquirente da coisa. A prescrição é a do art. 177. A situação é a mesma que se cria ao outorgante e ao outorgado de direito de opção. A ação é pessoal, ~or

violação de direito formativo gerador, no que se assemelha à ação por infração do art. 683, ação que se irradia de violação do direito formativo gerador que tem o dono direto (direito do senhorio direto, quanto ao prédio enfitêutico), ou à ação por infração do art. 684, que se irradia de violação do direito do direito formativo que tem o enfiteuta. A ação do art. 1.153 é pessoal; as ações dos arts. 683 e 684 são reais. Ambas precluem; não prescrevem. Prescrevem as ações pessoais oriundas da violação do direito formativo gerador, assim o irradiado de pacto de preempção como de relação jurídica de enfiteuse. Em todo caso, enquanto as ações do titular de direito de preferência *pessoal (e. g.,* arts. 1.149 e 1.150), em se tratando de pedido de restituição, são em alternativa (restituir ou prestar indenização), ou separadas, *pessoais,* a ação de restituição após a infração, nas espécies dos arts. 683 e 684, é real.

8. ExERCÍCIO DO DIREITO DE PREEMPÇÃO E EFICÁCIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE.

Exercido o direito de preferência, *tem* de ser perfeita a aquisição da coisa: o outorgante, que afrontou o outorgante, ou que foi interpelado judicialmente, ficou em situação parecida (não idêntica!) à de quem ofereceu a A e tem de ver concluir-se com B o contrato de compra-e-venda, uma vez que o direito de preferência consiste exatamente nessa substituibilidade de A por B por fôrça de cláusula, ou de pacto anterior ou posterior, ou da lei.

Se foi feita a interpelação judicial, como se estabelece no art. 312 do Código de Processo Civil (Código Civil, art.

1.151), examinou o juiz a espécie e *declarou* a relação jurídica do direito de preferência, marcando o dia para a escritura ou a tradição. Se o interpelado não comparece, a sentença, que é constitutiva, permite a lavratura da escritura pública, em se tratando de bem imóvel, ou, em se tratando de bem móvel, o pedido de adjudicação, devido à forte carga de executividade que tem a sentença do art. 312 e § 1.~ do Código de Processo Civil (Código Civil, art. 1.151).

Se apenas houve interpelação extrajudicial, houve exercício do direito de preferência, porém falta a sentença, com a fôrça constitutiva e a eficácia imediata declarativa, a) Feita pelo outorgante, correu o prazo, e terá de sobrevir sentença declaratória negativa que se refira à preclusão do direito, se não a reconhece o outorgado omisso, ou a sentença constitutiva positiva declaratória em que se diga ter havido o exercício do direito e, em conseqUência, constitua. b) Feita pelo

outorgado, ou êsse aludiu à data em que o outorgante iria fazer lavrar-se a escritura e se prontifica, ou não aludiu a qualquer data: no primeiro caso, exerceu o direito de preempção e a não-comparência do outorgante para vender a outrem, ou ao outorgado, é sem conseqUências, devido à extrajudicialidade da interpelação (entende-se que resolveu não mais vender) no segundo caso, desde que o outorgado declarou que compraria, com os elementos necessários à caracterização da compra, apenas exerceu o direito de preempçáo para o caso de vir o outorgante a vender o bem, implícita a cláusula *rebus sie atantibus.*

Enquanto se há de entender que o outorgado *quer* a compra, pode o outorgante exigir que se lavre a escritura pública ou fazer a tradição do bem móvel.

4. CLÁUSULAS DO NEGÓCIO JURÍDICO. Segundo o Código Civil, art. 1.155, "aquêle, que exerce a preferência, está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado, ou o r

ajustado". Isso não importa que não se possa estipular que o preferente não tenha de satisfazer certas exigências *(e. g.,* depositar prèviamente o preço), ou outra prestação que se entenda necessária ao exercício do direito de preempção, ou à sua eficácia. Se a venda se ia fazer com pagamento a prazo, ou a prazo parte do pagamento, ou com algum pacto adjecto, o preferente tem direito à compra em igualdade de cláusulas. Se é sem garantia real ou pessoal a avença entre o sujeito passivo e o terceiro, ou terceiros, devido a situação i~u qualidade do terceiro, ou dos terceiros, pode dar-se que não seja dispensável a garantia real ou pessoal, que supra a diferença de situação ou de qualidade.

Com o exercício do direito de preempção, fica o preferente *obrigado* à conclusão do contrato: o sujeito passivo, êsse, está sujeito a que se lhe marque o dia para a tradição do bem móvel ou para a conclusão da compra-e-venda do bem imóvel, provàvelmente com o acôrdo de transmissão, nu a que isso se dê, a despeito da não-colaboração do outorgante. Se ocorre que aquêle declara não mais querer adquirir, ou êsse que não mais quer vender, não tem eficácia aquela ou essa declaração. Violou-se, aqui, o direito formativo gerador já exercido; ali, tenta-se revogar declaração irrevogável. Há a ação de perdas e danos, se se prefere essa condenação, que é pelo ato ilícito absoluto.

Se foi o sujeito passivo que faltou no lugar, dia e hora, há a alternativa: *ou* pede o outorgado que se lhe passe a certidão da não-

comparência do interpelante, para exercer a ação de perdas e danos, ou, cominatôriamente, a ação de perdas e danos, se não comparece (nova designação de lugar, dia e hora) ; *ou* pedindo-o o interpelado o juiz adjudicará a coisa ao interpelado. Assim é que se há de entender o art. 311 do Código de Processo Civil, pois que se designaram o lugar, o dia e a hora e o conteúdo do contrato, inclusive se se exige escritura pública. Se o interpelado não prefere isso, é que se satisfaz com a pretensão à indenização e pede a certidão da não-

-comparência (Código de Processo Civil, art. 311, § 3~0), ou da comparência com recusa a assinar. Exigir-se nova ação seria contra o *princípio de economia processual.* Nem cabe aqui falar-se de ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil, ou do art. 16 do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1987 (Decreto n. 3.079, de 15

de setembro de 1938), que nada têm com os pactos de preferência. Tais ações são ações executivas, e não ações constitutivas.

Se foi o interpelado que não compareceu, extinguiu-se o direito de preempçáo, pois que não foi exercido e outrem obteve o contrato. Se nem o interpelado nem o terceiro compareceram, tornou-se ineficaz, a despeito da não-comparência do interpelado, a interpelação.

Se foi o outorgado que fêz a notificação, segundo o art. 312 do Código de Processo Civil, a não-comparência do outorgante permite que se proceda ã adjudicação: não contestou êle o que foi articulado pelo notificante, e a ação do art. 312 é ação constituiva. O § 2$ do art. 312 somente se refere às espécies em que, no momento de ser alienada a coisa, o outorgante se apresenta e exerce o direito de preferência: então, sim, não houve prévia propositura da ação constitutiva do art. 312 do Código de Processo Civil; e ao outorgado somente resta munir-se da prova de que exerceu o direito de preempção, prova que há de ser a certidão do oficial público de que se concluiu o contrato, a despeito do exercício do direito de preferência. Se isso acontece, pode o outorgado ir contra o terceiro, na

forma do ad. 313 do Código de Processo Civil. Dá-se o mesmo se da alienação sómente teve notícia, mais tarde, o outorgado, razão por que não exercera o direito de preempção. A ação é resultante, se o direito de preempção tinha eficácia *erga omites,* oriunda da inscrição no registo de imóveis (Lei n. 649, de 11 de março de 1949, art.

1.0>, ou da transcrição no registo de títulos e documentos (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 184, 1).

5. INFRAÇÃO DO DIREITO DE PREEMPÇÁO. Vale o contrato de compra-e-venda que o sujeito passivo do direito de preempçáo faça com terceiro. Em virtude disso, estaria êle vinculado a transmitir a propriedade e a posse assim ao terceiro como ao titular do direito de preempçáo. Para se livrar da indenização àquele pode o sujeito passivo do direito de preempçáo incluir no contrato de compra-e-venda com o terceiro a cláusula de só se vincular se o titular do direito de preempçáo não o exerce. A transmissão da propriedade ao terceiro torna impossível o cumprimento da obrigação do sujeito passivo do direito de preempçáo. Antes da transmissão, pode o titular do direito de preempção *registar* o seu direito de preempção, se se trata de imóvel ou de direito que deva constar de registo e, assim, tornar responsável pelos danos o terceiro. A eficácia fêz-se *erga omites,* embora não *real.* São pontos, êsses, que se têm de pôr em relêvo.

O registo do direito de preferência, se não há registo especial para os negócios jurídicos relativos ao objeto do direito de preferência, no registo de títulos e documentos torna o terceiro, a que se dê a propriedade do bem, responsável pela indenização dos danos decorrentes da infração do direito de preempçáo. A eficácia, aí, *é erga omnes,* pôsto que não seja *real.*

No direito alemão, o direito de preempção é real, herdável e transmissível entre vivos, O direito romano não tinha r

o direito real de preempçáo. Para as fontes germânicas, A. HEUSLER *(Institutionen des deutschen Privatreehts,* II, 54 s.), OTTO VOM GIERKE *(Deutaches Privatrechi,* II, 785), G. SANDHAAS *(Germantsche Abhandlungen,* 190 s.), O. F"prmi (Das Beispruchrecht nach altsàchsischem Recht, *Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- wnd Rechtsgeschichte,* III, 20 s. e 28), *IV.* TE. KRAUT *(Grundrias zu Vorlusung ilber das deutsche*

Privatrecht, fi~a ed., 167 s.), AUGUST FIiITSCH, *Vererblichkeit nnd úbertragbarlceit des dznglichen Vorkaufsrechtes,* 7 s.>.

O problema da *forma* do pacto de preempção, ou da cláusula de preempção, nada tem com o problema da forma do pré-contrato de compra-e-venda. Esse é negócio jurídico em que se promete contratar; aquêle é criador de preferência. O êrro da *teoria do pré-contrato* levou ao êrro quanto à forma. Igualmente, a *teoria da oferta* e a *teoria da compra-e-venda condicwnal.* Os princípios sôbre a forma da compra-e-venda apanham pactos e cláusulas de preempção. Sem razão, E. WILLENBÚCHER *(Das Liegenschaftsrecht,* 132), HANNS REYMANN

(Die Form des Vorkaufsvertrages, 37 s.) e outros.

6. DIREITo DE PREFERÊNCIA NO CONDOMÍNIO. Diz o Código Civil, art. 1.139: "Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino a quem não se der reconhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, se o requerer no prazo de seis meses". Parágrafo único: "Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se os quinhões forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando prêviamente o preço". No art. 632, iii, já se estatuíra, com remissão ao art. 1.139, que, na propriedade em comum, compropriedade ou condominio, cada condômino ou consorte pode alhear a respectiva parte indivisa, ou gravá-la. No art. 410 e §§ 19 e 2.0 do Código de Processo Civil regula-se o exercício da ação. Cf. Código Civil português, art. 1.566. No art. 633, o „Código Civil estatui, com maior generalidade, que "nenhum condômino pode, sem prévio consenso dos outros, dar posse, uso ou gôzo da propriedade a estranhos".

O direito de preferência de que se cogita no art. 1.139 pode ser exercido nas compras-e-vendas de direito privado e nas de direito público (leilões judiciais, praças, vendas particulares permitidas pelo juízo). Cf. 3□8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de julho de 1943 *(E. dos T.,* 145, 122) e 18 de agôsto de 1943 (146, 681).

Os pré-contratos de compra-e-venda são apanhados pelo art 1.189 (sem razão, a 3,8 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de agôsto de 1943, E. *dos* T., 146, 115, com evidente confusão entre *expectativa de direito* e *direito expectativo).*

O art. 1.139 também concerne às alienações de patrimônio, inclusive a herança (lY~ Câmara Civil do Tribunal de Apelaçào de São Paulo, 18 de setembro de 1944, *E. dos T.,* 152, 675). O cônjuge meeiro tem direito de preferência.

A sanção do art. 1.139 não é a de *resolução da compra-e--venda,* mas sim a de *nulidade (verbis* "Não pode").

Fora da terminologia exata, *e. g.,* a 6.8 „Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de dezembro de 1949 *(E. dos 2*".. 185, 291). Fêz-se a compra-e-venda sem respeito ao direito de preferência.

O art. 1.139 não se aplica aos casos de comunhão *pro divisa*(por exemplo, nos edifícios de apartamentos). Cf. l.~

„Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de agôsto de 1946 *(R.dos T.,* 166, 180).

O art. 1.139 alude à indivisibilidade, mas para a alienação de parte de bem divisível se supõe a prévia divisão. A propósito, cumpre ver-se na palavra "indivisível", que aparece no art. 1.139, têrmo impróprio, porque o que se queria dizer era "indivisa", e não indivisível. O que se há de entender é que se trasladou para o sistema brasileiro o art. 1.566 e §§ 1.0 e 2.0 do Código Civil português: "Não podem os comproprietários de coisa indivisível ou indivisa vender a estranhos a sua respectiva parte, se o consorte a quiser, tanto por tanto" (art. 1.566). "O

comproprietário, a quem se não der conhecimento da venda, poderá haver para si a parte vendida a estranhos, contanto que o requeira dentro do prazo de seis meses, a contar da data em que tenha Conhecimento da venda, depositando, antes de efetuada a entrega, o preço que, segundo as condições do contrato, estiver pago ou vencido" (§ 1.0). "Havendo mais de um consorte, observar-se-á o disposto nos §§ 49 e 59 do ad. 2.309; mas, se os quinhões foram desiguais e o maior consorte quiser preferir, ser-lhe-á adjudicado o respectivo direito, independentemente de licitaçáo" (§ 2.?). A redação mesma depois da lei que o explicitou do art. 1.566 e §§ 1.~ e 29 do Código Civil português também não é boa: o que se devia ter dito é que há direito de preferência se há comunhão. Vender parte sem a tornar *divisa,* ou sem tornar outro bem, é ofender interêsses da comunhão.

A emenda ao Projeto do Código Civil, de que resultou o art. 1.139, foi obra da Comissão do Govêrno *(Trabalhos,* r

1, 242 s.) "Não podem os condôminos vender a estranhos sua respectiva parte, se o consorte a quiser tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, pode, depositando o preço, haver para si a parte vendida, contanto que o requeira no prazo de seis meses" (Projeto revisto, art. 1.287). "Se forem muitos os condôminos, preferirá o que tiver maior parte. Se as partes forem iguais levarão a parte vendida os que a quiserem, feito o depósito prévio" (Projeto revisto, art. 1.287, parágrafo único). No Senado Federal, com superficialidade de argumentos, RUI BARBOSA" acrescentou "indivisível", para afeiçoar ao texto português o texto brasileiro, mas êle mesmo, que citou sem pensar, não se deu conta do conteúdo da regra jurídica. O art.

1.566 do Código Civil português era defeituoso, a doutrina o corrigira e hoje diz “coisa indivisível ou indivisa”, e não só “coisa indivisível”, como copiara RUI BARBOSA. A emenda foi para aproximar da fonte o texto, e, se tivéssemos de adotar interpretação literal, teria a conseqUência de afastar o que estava sendo zurzido, em Portugal, pela doutrina.

Diante dos fatos da vida, a jurisprudência tem de enfrentar o problema da interpretação do art. 1.139 do Código Civil.

Para a herança em geral, há o art. 1.580 do Código Civil, que diz “indivisível” o direito à herança, até a ultimação da partilha, e assentou-se, de vez, haver o direito de preferência dos herdeiros.

Para a comunhão dos cônjuges desquitados, a mesma atitude teve a justiça se ainda não se fêz a partilha e a sentença não transitou em‟ julgado (l.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 8 de outubro de 1945, *A. J.,* 78, 359).

Quanto aos terrenos, não se procura apurar a indivisibilidade 1952; 2.~ Turma, 2 de julho de 1946, *A. 3.,* 80, 350).

Até que se faça a partilha dos bens, tem-se de ter por indiviso o patrimônio (herança, bens comuns dos cônjuges após o desquite e antes da partilha).

O prazo de seis meses é prazo preclusivo. Dentro dêle deve de ser exercido o direito de preferência, depositado o preço (~não basta a oferta de depósito!). Cf. Supremo Tribunal Federal, 30 de outubro.de 1946 *(R.* E., 110, 81).

O art. 1.139 apanha quaisquer comunhões de propriedade, inclusive as que resultam de se tratar de patrimônios, como o patrimônio herdado e o existente em virtude de alienação de parte indivisa de um bem (2A Turma do Supremo Tribunal Federal, 12 de janeiro de 1951, *D. O.,* de 8 de dezembro Parte III. Irradiação de efeitos da relação jurídica de compra-e-venda CAPITULO 1

EFICÁCIA EM GERAL

§ 4.313. Preliminares

1.IRRADIAÇÃO NORMAL. Do contrato de compra-e-venda irradiam-se

efeitos que são comuns a tôdas as espécies, efeitos que são direitos, pretensões e ações. Alguns efeitos são imediatos, como a vinculação (efeito mínimo) dos dois contraentes. Tivemos ensejo de mostrar como se atenuam os efeitos contra um dos contraentes, por meio de cláusulas mexas ou anexas. A vinculação essencial, embora não imediata, é a prestar o e a pagar o preço. No direito brasileiro, como no direito romano e no alemão, o contrato de compra-e-venda é meramente obrigacional. Não se trata de contrato transíativo. Transíativo é o „que se faz para adimplir a dívida do bem ou do preço. A doutrina italiana teve quem quisesse reagir contra a afirmação de ser transfrtivo o contrato de compra-e-venda justiça seja feita a GINO GORLA *(L‟Atto di digsposizione di dirjiti,* 85 s.; *La Com pravendita e la Permuta,* 3 s.), V. AItÂNGIO RUIZ *(Evizione, Dizionario pratico di Diritto privato,* 993) e A.

DALMARTELLO (La Prestazione nell‟obbligazione di dare, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile,* 1, r

214 s., 217 s.). Mas sem que os atendessem.

2.CONTRATO INVÁLIDO (NULO OU ANULÁVEL). O contrato de compra-e-venda tem de ser *válido* para que o vendedor e o comprador se vinculem. Todavia, se, nulo, não há dúvida sôbre a sua ineficácia, o mesmo não ocorre quanto aos casos de anulabilidade. O vendedor e o comprador têm de atribuir efeitos ao contrato anulável, porque só a sentença de anulação lhes dará a proposição negativa quanto aos efeitos. O mesmo tem de entender-se no caso de resolubilidade, resilibilidade ou rescindibilidade. Uma das consequências do que aqui se enuncia é a transmissão da propriedade e da posse, no intervalo, dando-se ensejo a que terceiro venha a adquiri-las, segundo os princípios respectivos.

Tratando-se de ato que exija registo *(e. g.,* transcrição do acôrdo de transmissão da propriedade imobiliária), a transcrição estabelece a transferibilidade jurídica ao terceiro, com tôda a eficácia, muito embora tenha sido nulo o contrato de compra-e-venda e nulo o próprio acôrdo de transmissão. A responsabilidade, no caso de nulidade, pode ser do funcionário público registante. Aos interessados a propositura da ação de nulidade, de si só ou com ação de reivindicação, para que a tempo se evite a aquisição da propriedade conforme registo.

No direito brasileiro, não há a aquisição de propriedade do bem móvel por simples posse, salvo se há *lez specialis,* como se dá no caso dos

títulos cambiários e cambiariformes, a favor do terceiro de boa fé.

§ 4.314. Poder de disposição

1. PODER DE VENDER O BEM. Quem promete vender ou quem vende tem de ter ou poder ter a propriedade e a posse. Pode ficar explícito que só se tem propriedade, ou posse, ou que ainda não se tem. Se ainda não se fêz a escritura de transmissão da propriedade e da posse, tem o adquirente exceção *non adimpleti contractus (e. g.,* 2,a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de dezembro de 1952, *R. dos 2*"., 209, 242). Se foi feito o contrato de compra-e-venda prometido, ou o de transmissão da propriedade e da posse, e propriedade ou posse não tinha o alienante, o adquirente, que ainda não pagou o preço, tem exceção *non adimpleti contractus.*

2.DISPOSIÇÕES EFICAZES E DISPOSIÇÕES INEFICAZES. A disposição pelo que não tem poder de dispor é eficaz se nela consente o que o tem, dono ou não. Se o que tem o poder de dispor não consentiu, é ineficaz o negócio jurídico, salvo:

a) se o que o tem ratifica o negócio jurídico; b) se do disponente herda o que poderia ter disposto e cabe nos seus direitos a responsabilidade. A regra jurídica, que aí se enuncia, só se refere aos negócios jurídicos de disposição; não assim, por. exemplo, à penhora, nem a qualquer medida constritiva que leve, imediata ou mediatamente, à execução forçada, ou à disposição. E só se refere a disposiçóes: os negócios jurídicos obrigacionais estão pré-excluidos da sua incidência (é eficaz para o vendedor e para o comprador a compra-e-venda da coisa alheia).

A regra apanha o contrato de compensação com crédito de outrem, ou com dívida de outrem, não, porém, a compensação por declaração unilateral (G. PLANCK, *Kommen.tar,* ~, 4~a ed., 493; cf. E. WEIGELIN, *Das Recht vir Au! rechnung, 69;* G. LANa, *Das Au! rechnungsrecht,* 17; 3. KOHLER, *Lehrbuch,* II, 211). Tão-pouco pode ser invocada em se tratando de disposição em que dependa de múnus público ou de cargo oficial o consentimento: o juiz não pode aprovar, ou autorizar, ou ratificar a praça, ou o leilão, ou a medida constritiva, *depois* de ser praticado o ato. Não cabe a respeito de disposição de objeto ainda não-existente (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhtiltnisse,* 570; contra A. VON TUHR, Verfãgungen úber kunftige Forderungen, *Deutsche Juristew.Zeitung,* IX, 426 s.), porque então se trata de negócio jurídico obrigacional.

A *ratificação* pode dar-se expressa ou tàcitamente. As circunstâncias podem mostrar que o que tem o poder de dispor consentiu (O. WARNEYER, *Konvmentar,* 1, 886).

A *convalescença* pela herança só se dá se o que poderia dispor herda do disponente e tem de responder pelo negócio jurídico dêsse.

A regra não incide em caso de pagamento, pois que se trata de ato-fato jurídico; há disposição da prestação, sem negócio jurídico: razão por que se teve de redigir a regra do art. 984 (Código Civil argentino, art. 781; uruguaio, art. 1.456). No direito alemgo, remeteu-se (§ 862, alínea 2.ft) ao § 185, que contém a regra só relativa a negócios jurídicos.

Se o disponente, ou réu herdeiro, adquire o direito de que dispôs, dá-se a pós-eficacização; mas aqui a regra se subsume noutra, mais geral, que abrange os negócios jurídicos obrigacionais, como a cessão de crédito.

8. CONCLUSÃO. Temos, assim, a regra jurídica assaz geral: Se a falta do consentimento de alguém é necessária r

para a eficácia quanto a essa pessoa e a sua falta não produz nulidade, a superveniência do consentimento, ou a união, na mesma pessoa, do direito e do vínculo criado, eficaciza ou plenieficaciza o ato jurídico ou o ato -fato jurídico. Se a falta produziu anulabilidade, convalida-se; se a falta concernia à titularidade do direito, dá-se a integração do suporte táctico para a disposição eficaz. pela união, na mesma pessoa, do direito e do vínculo criado pela disposição, ou a ratificação pelo titular do direito.

4. SE AINDA HÁ “ExCEPTIo REI VENDITAE ET TRADITAE”.

Em tôdas as espécies de que acima se cogitou, não há *exceptio rei venditae et traditae.* Sómente se pode pensar, hoje, em *exceptio rei venditae et traditae* de direito obrigacional, como se o vendedor entrega a coisa, e não transfere a propriedade, vindo, depois, com a reivindicação; ou, ainda, se o comprador se imitiu na posse, por ato de justiça de mão própria, sendo válido (entenda-se) o contrato de compra-e-venda. Portanto, o § 86, 2, do *Direito das „Coisas* de LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA (1, 228 s.) está obsoleto. Bem assim o que diz LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 822 s.). Se o possuIdor tem direito à posse, por ser titular de pretensão contra o proprietario, para se lhe transferir a propriedade, então lhe toca a

exceptio rei venditae et traditue; fora daí, não: invocá-la é desconhecer a mudança que se operou no sistema jurídico e tentar erguer no presente fósseis romanísticos.

O Pretor concedeu ao que comprara a coisa sem as formalidades exigidas *exceptio rei venditae et traditae.* Não se alegava contra o proprietário de direito civil o crédito oriundo da compra-e-venda, nem, sequer, a relação jurídica contratual, mas contradireito real, propriedade pretoriana, razão por que se ia, também, contra o sucessor singular do Vendedor. Tal exceção não na temos hoje, por ser uma só a lei sôbre propriedade. Já não se pode opor ao proprietário mais do que o crédito contra o vendedor e seus sucessores universais; não há aquêle contradireito real. Se o vendedor vende a outrem o bem que está na posse do primeiro comprador, não pode êsse opor à pretensão real do segundo *exceptio rei venditae et traditae.*

A exceção cabia: a> se o não-proprietário alienava e adquiria, depois, entre vivos, a propriedade (ULPIANO, Livro 76 *ad Edictum;* L. 1, pr., D., *de exceptione rei venditae, et tra.ditae,* 21, 3>, o que hoje dá ensejo a *defesa,* e não a *exceção,* porque assim se estatui quanto aos bens móveis (art. 622), e o que adquiriu de não-dono> de acôrdo com o registo de imóveis, de exceção não precisaria; b) se o não-proprietário alienava e herdava, depois, a propriedade (L. 1, § 1), exceção, essa, que desapareceu, como em *a> ; c)* se o não-proprietário alienava em nome do proprietário, ou sob garantia dêle (L. 1, §§ 2 e 8), exceção que não mais existe e o negócio jurídico foi sem podêres (se vendeu como seu o que era de outrem, vale e é ineficaz) *d)* se o proprietário vende e faz tradição no próprio nome, crendo que a coisa era alheia, exceção que também desapareceu, porque a propriedade se transmite (FRANZ WIETHOPF, *Vergleich der gemeinrechttichen* exceptio rei venditae et traditae *mit § 185 Abs. 2 RGB., 57) ; e)* se o proprietário alienava sob condição suspensiva, e advinha reivindicação *pendente condicione,* não cabia a pretensão por enriquecimento injustificado.

§ 4.815. Deveres do vendedor

1. OUTORGA PELO VENDEDOR. O vendedor vai alienar a propriedade e a posse, ou só a propriedade, ou só a posse. Precisa ter o *poder de dispor* e *querer dispor,* para que possa *consentir* e *consinta.*

2.DEvER DE TRANSMITIR A PROPRIEDADE. O vendedor está vinculado a dar ao comprador a propriedade do bem vendido. O acôrdo de transmissão é necessário, ainda mesmo se tácito. A

propriedade há de ser sem gravame e sem ônus. Não pode o bem estar sob constrição cautelar ou executiva. Se havia gravame e consta do negócio jurídico a indicação dêle, há de entender-se que se comprou o bem gravado. Dá-se o mesmo em caso de ônus ou de constrição cautelar ou executiva. Daí dizer-se, de ordinário, para se afastar tal interpretação, que se venderam os bens "livres e desembaraçados".

Sempre que se vende bem a respeito de cuja propriedade ou de cuja posse há vício jurídico, é preciso que o negócio jurídico a isso se refira, porque o que se há de entender é que se vendeu sem qualquer vício. No caso de haver dúvida, a cláusula explícita é de tôda a conveniência.

Se a transferência do direito de propriedade depende de registo e há algum registo de direito, de gravame, ou de ônus, que não devia dêle constar, *e.* g., por ser falso o documento que serviu para o registo, nem por isso está livre de responsabilidade o vendedor, O comprador está exposto a propositura de ações, ou a aquisição pelo terceiro de boa fé. O vendedor tem de examinar o registo antes de entregar o bem.

r

3.DEVER DE TRANSMITIR A POSSE. O vendedor tem o dever de transmitir a posse, ou a posse e a propriedade. Há a entrega, que é da posse imediata, salvo se alguma cláusula do contrato de compra-e-venda prevê que se transmita a posse imediata a terceiro, ou fique ao vendedor, pelo constituto possessório, sendo possuidor mediato o comprador. A transmissão da posse é conforme os princípios do direito brasileiro. Se o comprador já tem a posse imediata do bem comprado, há apenas a *brevi manu traditio.* Também pode haver, apenas, a cessão da pretensão à entrega (Código Civil, art. 621). De regra, não basta a simples remessa dos bens vendidos. A tradição é ato-fato jurídico, e não negócio jurídico.

Se, com a entrega da posse, o comprador não se tornou proprietário, pode êle opor à propriedade do vendedor o seu direito à posse e não está adstrito a restituir o bem. Se terceiro quer a posse, tem-se de apurar qual o verdadeiro possuidor e qual a classe da posse.

Os proveitos do bem vendido tocam ao comprador desde a entrega. Por isso mesmo, não está vinculado a qualquer pagamento pelo uso e os frutos do bem comprado e entregue. Não importa indagar-se se adquiriu a propriedade, ou não. Não pode exigir do vendedor indenização pelo que não colheu, salvo se êsse incorreu em mora. (As

cláusulas do contrato de compra-e--venda podem alterar essas regras jurídicas.) As despesas da entrega, inclusive com a pesagem e as medidas, incumbem ao vendedor. Não se incluem, todavia, os gastos de recepção, os de passagem pelas aduanas e os de transporte do pôsto ou da estação para o lugar em que o comprador deseja colocar o bem. Cláusulas especiais podem intervir.

Diz o Código Comercial, art. 197: “Logo que a venda é perfeita (art. 191), o vendedor fica obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida no prazo, e pelo modo estipulado no contrato; pena de responder pelas perdas e danos que da sua falta resultarem”.

Acrescenta o Código Comercial, art. 198: “Não procede, porém, a obrigação da entrega da coisa vendida antes de efetuado o pagamento do preço, se, entre o ato da venda e o da

entrega, o comprador mudar notôriamente de estado e não prestar fiança idônea aos pagamentos nos prazos convencionados”.

A mesma regra jurídica está no Código Civil, art. 1.13~:

“Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado”.

O protesto do titulo cambiário ou cambiariforme não é, sé por si, prova de insolvabilidade do comprador (sem razão, ~ 3Y Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de fevereiro de 1948, e as Câmaras Civis ReUnidas, a 12 de agôsto de 1948, *R. dos T.,* 178, 187, e 176, 556). Se sobrevém a ação executiva, pode o obrigado cambiário ou cambiariforme depositar a quantia, para que se penhore, ~e seria difícil, mesmo após a propositura da ação executiva, dar-se por insolvente o comprador.

t DEVE DE PRESTAR COMO PROMETEU O BEM VENDIDO.

O vendedor têm de entregar o bem vendido tal como êle é. Se o bem é específico e está defeituoso, ou é defeituoso, com a entrega há adimplemento, e não só adimplemento parcial. iQ que importa é o bem como é, no momento da entrega, e não como era no momento da conclusão do contrato (TE. SÚss, *Wesen und Rechtsgrund der Gewdhrleistung,* 225; sem razão, FR. LEONHARD, *Resonderes Schuldrecht,* 85). O problema dos vícios é problema à parte, pois dão

êles ensejo a pretensão que não é a de cumprimento do contrato. Inadimplemento e infração do dever de garantia são conceitos que não se devem confundir.

O vendedor tem o *dever de informes* a respeito de fatos, jurídicos ou não, que se refiram ao bem vendido.

Outrossim,o *dever de entrega de titulas e documentos.* Se o vendedor não diz, por exemplo, quais os vizinhos, em se tratando de venda de prédios, infringe aquêle dever. Se deixa de prestar, por exemplo, os recibos de impostos e taxas, infringe êsse.

O *dever de guarda e conservação* do bem até que o entregue pode consistir em empacotamento, em colocação em cofre, em cuidado do animal ou do seu treinamento. As circunstâncias dão o conteúdo do dever.

O *dever de expedição,* em sendo marítimo o comércio, ou *é fob* (free on board,I, ou *cif* (cost, insurance, freight >.

Se há aquela cláusula, o vendedor, a sua conta e risco, tem de entregar o mercadoria no lugar em que se há de embarcar. Se há essa, ao vendedor incumbem os gastos do transporte, os do seguro e os riscos.

§ 4.316. Determinações mexas e compra-e-venda

.1.COMPRA-E-VENDA E CONDIÇÕES. O contrato em que á condição é contrato a cuja eficácia se fêz r

determinação mexa. O contrato, êsse, existe. A condição não se refere à existência do contrato, pois foi no próprio contrato que se concebeu a condição. (O art. 191, alínea *La,* 2.~ parte, do Código Comercial não foi infeliz quando se referiu a “perfeito”, pois “perfectus” era contrato cuja eficácia se completara, mas, empregando; antes, a expressão “perfeito”, em vez de concluído, levou a ambigUidade.) Sôbre condição, Tomos III, § 258, 5; V, §§

539, 540, 5, 541, 8, 548, 3, 4, 546, 550; XIV, §§ 1.597, 1.598; XV, § 1.576, 7,; XXV, §§ 8.025, 3.026, 8.046-3.049.

As compras-e-vendas cujo adimplemento pelo vendedor fica dependente, explícita ou implicitamente, de *ato adminstrativo* ou de *regra juridica* (quase sempre lei) de algum Estado, ou de algum Estado-membro, ou de Município, são compras-e-vendas condicionais. A

condição é implícita sempre que se havia de prever a probabilidade do ato contrário ou impeditivo do adimplemento. Se não se havia de prever, a espécie pode ser de impossibilidade superveniente. Se era de considerar-se implícita a condição, tem-se de entender que, para afastá-la, os contraentes hão de inserir cláusula expressa em contrário. Assim se julgou na Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 22 de agôsto de 1892 *(O D.,* 60, 110-113). O „Tribunal de Justiça de são Paulo, a 27 de fevereiro de 1920 e a 6 de maio de 1921 *(R. dos T.,* 83, 294, e 38, 395), apreciou condição explícita resolutiva, qual a de o govêrno inglês vedar, ao tempo da execução do contrato, a exportação de óleos vegetais.

2.CONDIÇÃO POTESTATIVA. A condição potestativa é ilícita (Código Civil, art. ~ 2.~ parte: "Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo o efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes"; Tomos III, § 258, 5; V, § 541, 8; XXV, § 3.048, 2>. Não é cláusula de condição potestativa aquela em que o vendedor diz que venderá se, êste ano, tiver de ausentar-se do país. Não há, ai, arbítrio puro. Quando a líbito se marca o ano para a viagem, nem por isso deixam as circunstâncias de poder .obstar a que se realize, nem se pode afastar que, contra a vontade de alguém, a viagem seja imposta pelas circunstâncias.

3. ENTREGA ANTES DE IMPLIDA A CONDIÇÃO SUSPENSIVA.

A entrega tem de ser com fundamento no contrato de compra-e-venda. Se o contrato de compra-e-venda contêm cláusula de condição suspensiva e o bem, que foi entregue durante a situação jurídica de pendência, perece por fôrça maior ou caso fortuito e só após se imple a condição, há quem pense que o contrato de compra-e-venda é nulo, por se tratar de compra-e-venda de bem impossível (Código Civil, art. 145, ~ □

2 a parte). Assim, WILHELM

KLUCKHOHN (Der tbergang der Gefahr beim bedingten Kauf, *Jherings Jakrbiixher,* 64, 114 s.), cp. E.

FROELICH *(Beitrag zur Lehre votn Gefahrilbergang beim Kauf,* 38), que frisou tratar-se de coisa vendida, no sentido do § 446 do Código Civil alemão (art. 1.128 do Código Civil brasileiro). Também atento ao § 306 do Código Civil alemão (art. 145, II, 2.~ parte, do Código Civil brasileiro) P. OERTMANIj *(Recht der Schuldverháltni.sse,* nota 6-b ao § 446>. Quando a entrega se consuma, antes de se ter imolido a

condição suspensiva, isso acontece por se considerar implivel com tôda a probabilidade, ou grande probabilidade, a condição, antecipando-se o cumprimento do dever de entrega, que é efeito dependente do implemento da condição. Vinculado (efeito mínimo dos negócios jurídicos) já está o vendedor, como o comprador. Uma vez que se imple a condição, sobrevém à entrega a legitimação à entrega, que se há de entender feita com as consequências boas e as conseqUências más para o comprador. Por isso, implida, está êle obrigado a pagar o preço; se não se imple, nenhuma responsabilidade lhe corre quanto ao preço. Ora, se a condição se impliu e se adiantara a entrega, os riscos transmitiram-se ao comprador. Não há, de modo nenhum, nulidade do contrato de compra-e-venda. O art. liS do Código Civil não pode ser invocado: impliu-se, *ex hypothesi,* a condição suspensiva. No art. 865 diz-se que, em se tratando de compra-e-venda ou de outro negócio jurídico sôbre bem específico, se êsse se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente condição suspensiva, o negócio jurídico se *resolve* para ambos os figurantes. Cf. art. 1.144. Se houve a tradição, por adiantamento da prestação, a situação da condição suspensiva não importa, pois implida teria de ser entregue o bem e, no caso, já *o fóra.*

4. RESOLUÇÃO EM VIRTUDE DE CONDIÇÃO RESOLUTIVA. Se o contrato de compra-e-venda está condicionado resolutiva-mente, há a restituição do preço se pereceu, por efeito de caso fortuito, o bem vendido e entregue ao comprador. Se o comprador ainda não pagou, a sua divida extingue-se. Cf. Código Civil, art. 119.

5.COMPRA-E-VENDA A PRAZO. O contrato de compra--e-venda é a *prazo,* ou a *têrma,* quando se fixa o tempo, posterior à conclusão, para se prestar o bem e se pagar o preço. São usuais os contratos a têrmo, quer de r

direito civil quer de direito comercial (mercadorias, títulos públicos ou particulares, ditos *valóres de bôlsa,* metais).

Pode acontecer que o prazo só se refira à prestação do vendedor, ou só à prestação do comprador.

Se o vendedor, no momento da conclusão do contrato de compra-e-venda a prazo, já tem a propriedade e a posse, que vai alienar, ou só a propriedade e a posse, que prometera, çliz-se *compra-e-venda a prazo do disponível.* Se ainda as vai adquirir, ou a vai adquirir, então vende o que ainda não tem. Tal diferença é sem grande relevância porque a

compra-e-venda é contrato consensual e os seus efeitos são efeitos só obrigacionais.

O Decreto n. 2.475, de 13 de março de 1897, regulou as operações a têrmo sôbre títulos na bôlsa. Lê-se no art. 94:

"As liquidações das operações da Bôlsa feitas a prazo poderão ser realizadas pela efetiva entrega dos títulos e pagamentos dos preços, ou pela prestação da diferença entre a cotação da data do contrato e da época da liquidação. São excetuadas desta disposição as operações sôbre letras de câmbio e moeda metálica que somente serão liquidáveis pela entrega efetiva dos títulos e das espécies". No art. 95: "Não são acionáveis perante os tribunais os contratos de câmbio a prazo liquidáveis por diferença". No art. 96: "Não é lícito pactuar nas negociações a prazo que a liquidação só tenha lugar pela prestação das diferenças entre as cotações". No art. 105, diz-se que o Regimento Interno da Bôlsa fixa o prazo além do qual as operações a prêmio se têm como confirmadas.

Ainda estão em vigor, como lei federal, os arts. 77, 78, 79 e 80 da Lei n. 2.841, de 31 de dezembro de 1918 (Lei n.

2.919, de 81 de dezembro de 1914, art. 8.0, inciso 14). Diz o art. 77: "Os contratos de compra-e-venda de mercadorias a têrmo só serão válidos na praça do Rio de Janeiro e nas dos Estados onde funcionarem bôlsas oficiais de mercadorias, quando lavrados por corretores, cujo número será ilimitado, declarados na bôlsa e feito o registo nas caixas de liquidação que se organizarem, observadas as disposições legais relativas ao tipo de sociedade mercantil que adotarem". O art. 77 só incide se *lex sjieoialis* pré-excluiu, a respeito de determinadas mercadorias, os contratos de compra-e-venda a têrmo pelos próprios interessados. Lê-se no art. 78: "Os Estados" entenda-se: os Estados-membros "poderão criar e organizar as câmaras ~e corretores e as bôlsas de mercadorias ou bOlsas especiais para certa e determinada mercadoria". No art. 79:

"Para garantia da efetividade da liquidação dos contratos a têrmo deverão as partes fazer, de acOrdo com as tabelas prêviamente organizadas, um depósito inicial e posteriormente reforçá-lo, sempre que haja modificação da cotação das mercadorias vendidas". No art. 80: "As caixas de liquidação poderio reter os depósitos iniciais e as margens para garantia das operações de que se incumbirem, bem como exigir refôrço, quando as coberturas parecerem insuficientes". No art. 81:

“Nas praças onde houver bôlsas de mercadorias ou câmara sindical de corretores, as suas cotações servirão de base para as liquidações das caixas”.

Em principio, quaisquer mercadorias podem ser vendidas a têrmo por particulares, portanto fora da bôlsa. Só a *lez epecialis* pode abrir exceção. A *lex apecialis* tem de ser *lei.* Não se admite a delegação de podêres, em virtude da qual basta

o regulamento ou o regimento interno, salvo se foi observado o art. 22 do Ato Adicional *(Comentários à Constituição de 1946,* VIII, 185 a.).

6.COMPRA-E-VENDA A PRESTAÇõES. No contrato de compra-e-venda a prestações periódicas, de regra o vendedor presta o bem vendido (propriedade e posse) e o comprador assume a divida que há de adimplir nas datas prefixadas. Operação a crédito. O vendedor quase sempre exige entrada maior, o que de certo modo previne o caso de não-pagamento das restantes. Às vêzes, o vendedor diz que o bem vendido fica em locação até que se pague todo o preço. Em verdade, há então contrato sob condição suspensiva e a entrega da posse é a título de locação. O vendedor não~ perdeu a posse própria, nem, a *fortiori,* a propriedade, razão por que, nos concursos de credores, é titular de pretensão à restituição, como dono e possuYdor próprio que é (cf. 2.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 17 de abril de 1914, *1?. de D.,* 34, 598 s.; 53 Câmara Cível, 14 de novembro de 1924, 77, 542 s.).

J.X. CARVALHO DE MENDONÇA‟ *(Tratado de Direito Comerdai,* VI, Parte 11-A, 152) entendia que ou o contrato é de compra-e-venda ou é de locação, sem possibilidade de haver compra-e-venda e locação. Sem razão.

Ou há condição suspensiva, ou há pacto *reservati dominii.* Nada obsta a que, em caso de condição suspensiva sem a entrega da posse <contrato de compra-e-venda), se loque o bem que ficou com o vendedor. A locação pode ser ao comprador como poderia ser a outrem. Se há pacto *reservati dominii,* há entrega da posse e não se há de falar de locação, ou se empregou erradamente a expressão “„locação” (cf. 2.8 Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 28 de outubro de 1914, *1?. de D.,* 86, 834 s., e 40, 388 s.).

r

A entrega da posse pode ser a titulo de depósito (comprador que se

faz, no intervalo, depositário), ou de penhor.

Todavia, a concepção do depósito repugnou à justiça, por se agravar a situação do comprador, com a possível pena de prisão <8.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 25 de agôsto de 1928, 1?. *de C.* .7., 1, 456 5.; Supremo Tribunal Federal, 5 de novembro de 1922, 1?. *de D.,* 68, 100). Não se pode dizer, a *priori,* que o depósito seja ilícito, pois, se o vendedor é dono, pode dar ao bem o destino que lhe parecer de seu interêsse. Cp.

Côrte de Apelação, 25 de agôsto de 1923 (1?. *de C. 3.,* 1, 450 s.).

Quanto ao penhor, é de repelir-se que o comprador possa empenhar, com a cláusula *constituti,* ou sem constituto possessório, o bem: não é seu. Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de outubro de 1919 e 19 de março de 1920

(1?. dos T., 31, 447, e 84, 56).

7. CLUBES DE MERCADORIAS. Nos *clubes de mercadorias,* há compra-e-venda a prestações e se procede, no intervalo, ao sorteio, para que fique quite o comprador premiado. Quem não fôr premiado, paga tôdas as prestações. Se algum comprador adianta o pagamento das prestações, talvez porque, com isso, se lhe entrega o bem, tem direito, se premiado, à restituição das prestações que teriam de ser pagas após a data do sorteio. Salvo se houve de nova aquisição.

As relações jurídicas de compra-e-venda são as de qualquer contrato de compra-e-venda a prestações; apenas, em cada um dos contratos, há a *cláusula de prêmio* ou *cláusula de sorteio,* proveniente da álea a favor dos compradores. Entre êsses não há cláusula, sem pacto.

Os estabelecimentos comerciais que vendem a prestações com sorteio precisam de autorização oficial. A publicidade em jornais quanto ao dia do sorteio, que pode ser o das loterias estatais, e a inscrição prévia dos concorrentes são exigidas. Também só se permite a resolução do contrato após o não adimplemento de três prestações.

Segundo o Decreto-lei n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, art. 41, *lO,* não se compreende na regra jurídica de proibição

de loterias não autorizadas pelo govêrno federal “a venda de imóveis ou de artigos de comércio, mediante sorteio, na forma do respectivo regulamento, sendo defeso converter em dinheiro os prêmios sorteados, ou concedê-los em proporção que desvirtue a operação de compra-e-venda”. No art. 41, paragrafo único, acrescentou-se: “Para os sorteios de mercadorias e imóvel não se permitirá emissão de bilhetes, cupões, ou vales ao ao portador, mas deverão constar do livro apropriado os nomes de todos os prestamistas, com indicação dos pagamentos feitos e por fazer”. No art. 44: “Compete ao Diretor-Geral da Fazenda Nacional conceder cartas-patentes para funcionamento de clubes de mercadorias mediante sorteio”. Sempre que haja deturpação dos fins para que foi concedida a carta-patente, cancela-a o Diretor-Geral da Fazenda (art. 44, parágrafo único).

No Decreto-lei n. 7.930, de 8 de setembro de 1945, depois de se falar da autorização para a venda de mercadorias e de imóveis a prestações, por sorteio, e de exigências de direito público (arts. l.∼-18), estabeleceu-se que o valor total dos prêmios há de corresponder, no mínimo, a vinte por cento da receita mensal prevista em cada série e o prêmio maior não pode ser de mais de um quinto da percentagem prevista (art. 19 e § 1.0). As organizações de vendas de imóveis distribuem prêmios ou bonificações de valor nunca inferior ao do objeto da compra. Os prêmios das demais organizações são, no mínimo, de cinqUenta por cento do valor da mercadoria vendida (art.

19, § 2.0). As prestações mensais dos planos não podem ser inferiores a dez cruzeiros para as organizações imobiliárias e cinco cruzeiros para as demais (art. 20>. O prestamista paga *taxa de inscrição* não excedente do valor de uma prestação mensal (art. 20, parágrafo único). O prazo da venda não pode exceder de cento e oitenta meses (art. 22). O prestamista que completa o pagamento de Udas as prestações fixadas no plano recebe, imediatamente, o objeto da compra-e-venda no valor equivalente ao total das prestações pagas (art. 22, parágrafo único). No caso de transferência de prestamista de um plano para outro, na mesma organização, ou em organização diversa, têm de ser creditadas ao interessado as mensalidades pagas e contado o tempo decorrido para efeito de conclusão

do pagamento, observadas as cláusulas de cada plano (art. 28). As organizações comprovarão oito dias antes da data do sorteio a propriedade dos imóveis ou mercadorias a sortear (art. 24). Se os imóveis ou mercadorias tiverem de ser escolhidos pelo premiado, as organizações, dentro do prazo do art. 24, têm de depositar na Caixa r

Econômica, ou no Banco do Brasil 5. A., o valor referente ao prêmio

(art. 25). Se nenhum prestamista fôr sorteado, o fiscal permitirá o levantamento do depósito. Caso contrário, o depósito só será retirado depois de o prestamista entrar na posse do prêmio, provada pela transcrição da respectiva escritura, se fôr imóvel, ou por declaração do prestamista, em se tratando de mercadoria (art. 25, parágrafo único). Não havendo prova da existência do prêmio, da efetuação do depósito no caso do art. 25, ou, ainda, quando apurado que o prêmio a sortear é de valor inferior ao prometido, cabe à Diretoria das Rendas Internas ou às Delegacias Fiscais sustar a realização do sorteio e remeter o processo ao Diretor-Geral da Fazenda Nacional, para que delibere, ouvido o portador da carta-patente sôbre a conveniência de ser mantida a autorização (art. 26). O prazo máximo para a entrega do prêmio, ou para o resgate, é, no Distrito Federal, de cento e vinte dias para os bens imóveis e trinta dias para mercadorias; nos Estados-membros, de sessenta e trinta, respectivamente (art. 27). Com a mudança da Capital da República, o segundo prazo é o que passou a ser o do Estado da Guanabara.

§ 4.317. Transferência de posse, com ou sem tradição da posse própria
1.POSSE PRÓPRIA E POSSE IMPRÓPRIA. A posse que

o vendedor tem de transferir é a posse própria, pois essa é a posse que êle prometeu, determinante da transferência da propriedade do bem móvel, ou ao lado da propriedade do bem imóvel, ou sozinha . Não se vende a posse imprópria, porque essa não corresponde à propriedade e depende de relação do possuidor com outrem. Se o vendedor prometeu a propriedade e a posse, e não tem a posse própria, embora seja proprietário, a entrega que êle faça não é liberante. Se vendeu posse, e a entrega é da posse de locatário, ou credor pignoraticio, ou depositário, ou comodatário, entregou posse imprópria, posse imediata, ou mediata, e não a posse que prometera.

A transmissão da posse, em se tratando de adimplemento da dívida do vendedor, opera-se conforme os princípios que expusemos no Tomo X. O direito civil e o direito comercial das obrigações têm de ser entendidos conforme a teoria da posse que chegou ao seu mais alto cume ao se promulgar o Código Civil brasileiro, teoria na qual se abstraiu do *animus* e do *corpus.* Nenhum obstáculo há, hoje, na interpretação das regras jurídicas do Código Comercial, onde a sugestão dos negócios já perfurava o tôldo do romanismo em matéria de posse. O art. 197 do Código Comercial, *verbis* “a entrega ... pelo modo estipulado no contrato”, era e;pressivo, porque atribuiu a natureza de tradição a todos os atos do vendedor que o acôrdo contratual reputou suficientes para que se entenda feita a “entrega”. O

contrato de compra-e-venda pode dizer que o vendedor ponha no cemitério as flôres compradas, ou queime na igreja o incenso, ou lance ao mar a jóia que adquirira (caso concreto de um marido que, sabendo no dia do aniversário da mulher que essa fôra almoçar com alguém, suspeito de ser seu amante, disse ao joalheiro que jogasse diante da casa, na rua, com o cartão, a jóia comprada>. A altura a que chegou a teoria da posse, no direito brasileiro, dá explicação a todos êsses fatos de tradição.

2.POSSE IMEDIATA‟ E POSSE MEDIATA. O vendedor que prometeu a posse do bem de que tem a posse própria, mas apenas mediata, ou prometeu a posse plena, e é inadimplente, ou, ao prometer, comunicou que não tinha a posse imediata, por estar alugado, por exemplo, o bem vendido.

Se o vendedor prometeu bem genérico, tem de ser feita a escolha do bem no momento em que se há de entregar.

Quer a escolha haja de ser feita pelo vendedor, quer pelo comprador, é preciso que se não confunda com a tradição o ato de individuação. Mesmo se a escolha é feita pelo comprador e êsse escolhe com o ato de tirar do gênero o que lhe agrada, a unicidade do ato fáctico não faz um só os atos jurídicos de escolha e de tomada de posse. AI, a simultaneidade apenas resulta de um só ato fáctico conter a manifestação unilateral de vontade, que há na escolha, e a recepção da posse pela tomada de posse que o vendedor permitira.

O vendedor que dá à escolha o bem genérico, tâcitamente fez a tradição do bem que passou a ser especifico, escolhido dentro do gênero.

Desde o momento em que o vendedor põe à disposição do comprador o bem vendido, como ato definitivo, deixou de ser possuidor próprio. De regra, fêz-se possuidor imediato impróprio (cf. Supremo Tribunal Federal, 13 de abril de 1943, *R. F.,* 98, 80). O bem que se vende para ser transportado por conta e risco do comprador é bem de que se transmitiu a posse. Nas compras-e-vendas com a cláusula de levar ao pôrto de embarque, a tradição opera-se no pôrto de embarque. Diferente é a cláusula de pôr a bordo. A tradição é no momento em que o bem é pôsto a bordo.

3.INDIVIDUAÇÃO E TRADIÇÃO . Não se há de confundir a tradição com a individuação, que conceptualmente há de preceder àquela. Ou a escolha seja feita pelo comprador ou pelo vendedor, o ato é r

unilateral, porque, *ex hjpothesi,* já se comprou bem genérico. A tradição não. É ineliminável a bilateralidade. Um atribui e outro recebe.

É êrro dizer-se que a indivíduação é obra de ambos os contraentes. A escolha cabe a um só dêles. A compra-e-venda já se conclulra, pois fôra de bem especifico. Se não se disse quem havia de escolher, de individuar, entende-se que ao vendedor, devedor do bem, é que toca a escolha (Código Civil, art. 875).

A tomada da posse não pode ser unilateral. Há de haver tradição, ou cessão da pretensão à entrega. Se o comprador encontrou o bem que lhe fOra vendido sem que o vendedor o houvesse entregue, não pode, a seu líbito, tomar posse do bem, porque, para isso, seria preciso que

se frouvesse de supor a vontade ou o ato do *tradena.* O ato pode ser presumido, sem que as circunstâncias não possam afastar qualquer presunção.

O fáctico material, o *corpus,* não é indispensável, no direito brasileiro, à posse. Quem não tem posse e transfere o táctico material não transfere posse *(e.* g., entrega material do bem roubado). A entrega material ao comprador, pelo vendedor que tem posse, é tradição, a mais simples das tradições . Pode ser feita ao próprio comprador, ao seu preposto, ou representante, ou a quem haja de receber segundo as instruções ou as circunstâncias, O bem fica à disposição do comprador. A distribuição ou lançamento ao mar ou ao rio, conforme preestabeleceu o acôrdo, é fáctico material, que importa tradição.

A entrega de documentos ou títulos que bastam à retirada do bem, ou que o representam, tradição é. Já o comprador tem a disposição. Aliás, a remessa dos documentos ou títulos também já o é.

São títulos que bastam à tradição do bem o conhecimento de depósito, se está em causa titulo de armazéns gerais (Lei n. 1.102, de 21. de novembro de 1908, art. 18, § 2.0). Entrégue sem o *warrant,* opera-se transferência de propriedade e posse própria, mas gravada, aquela, de penhor e essa, portanto, sem a posse que corresponde ao penhor. Entregues conhecimento de depósito e *warrant,* a transferência foi total (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de junho de 1913 e 19 de maio de 1914, *R. dos T.,* VI, 215, e X, 79).

Também o conhecimento de frete, que acompanha a fatura, transfere a posse e, pois, a propriedade. Supôe-se que assim se haja acordado. „O conhecimento de frete pode dar desde logo, como destinatário, o comprador, ou, se passado à ordem do vendedor, ser transferido a êsse, por endôsso (Código Comercial, arts. 575, inciso 1, e 587).

Basta a remessa do conhecimento em nome do comprador, ou endossado a êsse, para que se opere a tradição.

O modo de tradição pode ser o do uso do tráfico no lugar em que se há de fazer. Cf. Código Comercial, art. 199.

Com a existência de uso do tráfico, nenhum choque existe entre o direito comercial e o civil, porque, aí, o uso é cláusula implícita do contrato de compra-e-venda. *E. g.,* basta “ordem passada pelo vendedor” para que a repartição de importação ou de exportação, ou emprêsa de importação ou exportação, ou trapiche, ou armazém entregue o bem; mais: com a ordem opera-se a tradição (Assento do

Tribunal do Comércio da COrte, 17 de agôsto de 1857).

Se o vendedor guarda o bem, depois de pO-lo à disposição, sem que se caracterize mora do comprador, responde como depositário.

São casos de tradição sem ou com a proximidade do bem:

a) a entrega das chaves do armazém, loja ou caixa em que se ache o bem vendido; 1h o ter o comprador pOsto a sua marca ou sinal nos bens comprados, na presença do vendedor, ou com o seu consentimento; *c)* a remessa da fatura, com os requisitos do art. 219 do Código Comercial; *d)* a remessa do conhecimento ou cautela, com a *cláusula "por conta",* se o comprador não reclama dentro de três dias úteis, se o vendedor se acha no lugar onde se recebe o conhecimento ou cautela, ou pelo segundo correio destinado ao lugar onde êle se ache (Código Comercial, art. 200, inciso 4). Os comentadores do art. 200, inciso 4, do Código Comercial brasileiro e do art.

463, inciso 4, do Código Comercial argentino, que o copiara, zurziram os dois textos, não atenderam a que se previram os casos de serem insuficientes as intruções do comprador, ou as cláusulas do contrato de compra-e-venda, tendo o legislador dado prazo para a reclamação do comprador. O vendedor, aí, não pôs à disposição após o que o comprador dissera: antecipou-se.

Também é tradição a averbação em livros ou despachos das estações públicas *(e.* g., na alfândega), a favor do comprador, se houve o acôrdo de transmissão da posse, ou se o comprador, que antes não se manifestara a favor de tal averbação, de qualquer maneira acordou posteriormente. ~ assim que se há de entender o art. 200, inciso 5, do Código Comercial.

Em todos os casos do art. 200 do Código Comercial somente há tradição se não houve êrro, fraude ou dolo (Supremo Tribunal Federal, 5 de julho de 1915, *1?. de D.,* 68, 66).

As despesas com a tradição correm a cargo do vendedor, salvo se houve cláusula explícita ou implícita, ou se há uso do tráfico em sentido contrário (cf. Código Civil, art. 1.129>. As despesas de embalagem, essas, sim, se o bem não estava devidamente envolvido, ou encaixado, ou se não tem caixa ou envoltório próprio, e o bem tem de r

ser transportado na mesma praça ou para outra praça, são por conta do comprasLw. Igualmente, as despesas de transporte e de recebimento (cf: Código Comercial, art. 196).

Se foi acordado que o vendedor entregaria o bem no domicílio do comprador, ou em outro lugar, as despesas de transporte são despesas da tradição.

As despesas aduaneiras são a cargo do comprador, pois é êle quem importa.

Se o vendedor disse que ia fazer o embarque, podendo o comprador dispor do bem, não houve tradição, porque só se põe à disposição quando se presta, e ir, ainda, embarcar o bem não é pôr à disposição. Falta o embarque, a que ainda estava vinculado o vendedor. Pôr à disposição é tradição quando o vendedor nada mais tem a fazer, salvo guarda e conservação por conta do comprador, se a disposição não é fora do lugai em que estava o bem vendido.

Cf. 5~a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de dezembro de 1938 (1?. dos *T.,* 118, 228). Se, por exemplo, o vendedor já havia entregue os conhecimentos alfandegários ao comprador, tradição houve <Câmaras Cíveis Reunidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 24 de junho de 1926, *1?. de D.,* 82, 401).

4. ENTREGA DO BEM. O bem entregue pelo vendedor há de ser aquêle que êle vendeu, e não outro. As qualidades e a quantidade hão de ser conferidas. Não se tem por adimplida a obrigação se o vendedor entrega outro bem, embora mais valioso, salvo se o admite o comprador (Código Civil, arts. 863 e 995), caso em que se conclui dação em soluto. Passa-se o mesmo se, em vez do bem, o vendedor entrega dinheiro.

O bem tem de ser entregue inteiro, ou todo, ou no todo, salvo se foi estabelecida a entrega por lotes ou partes, em diferentes momentos. Se nada se permitiu, não pode o vendedor entregar parte e prometer o restante para depois.

Lê-se no Código Comercial, art. 203: “O comprador que tiver ajustado por junto uma partida de gêneros sem declaração de a receber por parte ou lotes, ou em épocas distintas, não é obrigado a receber parte, com promessa de se lhe fazer posteriormente a entrega do resto“~.

Se o comprador, que havia de receber o todo, ou por inteiro, recebe parte, ou lote, e acorda em que o restante seja entregue depois, a falta do adimplemento lhe dá a ação para condenação do vendedor a cumprir o contrato, ou a ação de resolução por

inadimplemento (Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1922 e 28 de agôsto de 1923, *R. dos T.,* 47, 392

s.).

Se a entrega foi marcada para determinado dia e não pode, dentro dêle, pesar-se, ou medir-se, ou contar-se todo o objeto da compra-e-venda, e adimplemento tem de ser em dias continuados.

5. TEMPO E LUGAR. Se os contraentes marcaram prazo para a entrega do bem vendido, ou estabeleceram dia fixo, ou prazos, ou dias para as entregas parciais, tendo havido pagamento imediato ou não, a cláusula contratual tem de ser cumprida.

Se não foi simultânea à conclusão a entrega, nem se disse quando seria a entrega, há os dez dias do art. 137 do Código Comercial, se mercantil a compra-e-venda: "Tôda a obrigação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exeqúivel dez dias depois da sua data" (cp. Código Civil, art. 952). Em direito civil, a exigibilidade é imediata. Se não se faz a tradição quando exigida, há o inadimplemento e pois a indenização (Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de maio de 1925, *1?. dos* 7"., 54, 333

s.), ou a resolução.

Quando se disse, por exemplo, que a entrega será em abril, junho e setembro, ou em janeiro, fevereiro e março, o vendedor tem de entregar nos meses mencionados, e não no último (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de agôsto de 1923, *1?. dos 7*"., 47, 310 s.; sem razão, a 29 de agôsto de 1924).

A despeito d~ regra jurídica do art. 137 do Código Comercial, se a compra-e-venda é de bem para consumo imediato, ou se é de uso do tráfico a entrega após o pagamento, ou após a conclusão do contrato, ou para entrega no mesmo dia em casa do comprador, ou no dia seguinte, ou para embarque ou remessa imediata, ou semelhantemente, o art. 137 não incide, porque se teve como estabelecido o tempo do uso do tráfico.

Mesmo se não se falou de prazo, a compra-e-venda de bem futuro, ou, de ordinário, a de bem alheio, não tem adimplemento imediato, nem sempre nos dez dias. Outrossim, se o bem se acha em viagem, ou está em lugar distante daquele em que se concluiu o contrato. Se o bem ainda depende de acabamento, reparação ou adaptação,

„o uso do tráfico e as circunstâncias é que podem dizer quando é de exigir-se a prestação. Na compra-e-venda sob condição suspensiva, há o tempo em que se pode pensar em eficácia plena.

As expressões “prazo razoável”, “o mais cedo possível”, “sem tardança” e outras semelhantes aludem ao uso do tráfico e às circunstâncias do caso.

r

A *cláusula “pronto embarque”* ou *cláusula de embarque imediato* vincula o vendedor à entrega pelo primeiro veículo (navio, trem, caminhão) que parta, salvo se não é possível a despeito da diligência do vendedor, que ai tem o ônus de alegar e provar a impossibilidade ocasional. O primeiro veículo após isso é aquêle em que está obrigado a entregar o bem. Discute-se se o vendedor tem de exigir o preço *antes* da entrega do bem, ou se tem de entregar o bem e exigir o preço, ou se é necessário que os atos sejam simultâneos. O art. 1.130 do Código Civil diz que, “não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”. No Código Comercial, não há tal regra jurídica explícita. As entregas são, conceptualmente, simultâneas: ou o vendedor entrega o bem e exige o pagamento imediato, mas é de entender-se que foram no mesmo momento as prestações; ou o comprador entrega o preço para receber o bem, e também aí a sucessividade é fáctica, e não jurídica. Na vida comercial, organizam-se os serviços para que não haja desconfianças ou dúvidas. Ora se entrega o talão, para que o comprador, com êle, representativo da tradição (e não só da compra), apanhe o bem comprado, ou tudo se ordena de modo que onde se paga se recebe o bem comprado. O problema vem de longe e as Ordenações Afonsinas resolviam-no com a entrega primeiro pelo vendedor, salvo desconfiança (Livro IV, Título 60, § 2): “E Dizemos ainda que tanto que a venda e compra he firmada per consentimento das partes, deve logo primeiramente o vendedor d‟entregar a cousa vendida ao comprador, e des y o comprador deve logo pagar o preço ao vendedor, por que assi foi vendida. E se o vendedor recusasse d‟entregar primeiramente a cousa vendida ao comprador, duvidando d‟aver delie o preço, e bem assy nom confiasse o comprador do vendedor, duvidando haver delle a cousa comprada, se lhe primeiramente pagasse o preço, em tal caso Mandamos que seja a cousa vendida, e bem assi

o dito preço, todo socrestado em maaô d‟homem fiel, o qual entregue de todo faça as partes entregues, e contentes, a saber, o vendedor do

preço, e o comprador da cousa comprada". Passou isso às Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 5, § 1. Os nossos dias criaram organizações, que vão do automático em que se põe a moeda, para que o bem comprado saia da caixa, até as instalações com todo o contrôle para as vendas de muitos objetos a diferentes pessoas, em número considerável.

Se ocorre insolvência do comprador, o vendedor pode sobrestar na entrega do bem, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado (Código Civil, art. 1.131). Cf. Código Comercial, art. 198, onde "mudar notôriamente de estado" está em vez de ficar insolvente. Não é de mister que tenha havido decretação de abertura de concurso de credores civil, ou de abertura da falência, ou de liquidação coativa. Por exemplo: concordata preventiva, protesto de títulos cambiários ou cambiariformes, em circunstâncias tais que compo□ nham a figura de insolvência. O caso é de *direito de retenção.* Não há nenhuma contradição entre a regra jurídica do art. 198 do Código Comercial com a regra jurídica do art. 191, pois não há qualquer arrependimento do vendedor (sem razão,

.1. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial,* VI, Parte TI-A, 67).

Se o vendedor não entrega no prazo ajustado o bem vendido, há a mora, segundo o Código Civil, art. 960, ou, mediante interpelação judicial, conforme o art. 205 do Código Comercial. Não há, com a interpelação judicial, se mercantil o contrato de compra-e-venda, marcação de prazo judicial: o prazo é o de dez dias, legalmente estabelecido. A interpelação é para que a mora tenha *efeitos.*

Quanto ao *lugar da entrega,* rege o art. 950 do Código Civil, ou o art. 199 do Código Comercial; respectivamente, no lugar do domicílio do devedor, ou no lugar em que se acha o bem ao tempo da conclusão do contrato. Ésses dois lugares podem não coincidir. Em todo o caso, se o vendedor vendeu por amostra, ou conforme catálogo, no lugar do estabelecimento, o que se há de entender, salvo prova em contrário, é que o bem se achava ou se acharia no lugar do estabelecimento, trate-se de sede da matriz, da filial ou da agência.

Se houve alusão a dois lugares, a escolha, salvo cláusula em contrário, cabe ao devedor.

Se foi dito qual o lugar em que se daria a tradição, o vendedor há de ter aí o bem, ou transportá-lo para ai.

Há cláusulas usuais de entrega no domicílio do comprador, ou de outrem, ou na estação de estrada de ferro, ou a bordo, ou no cais ou docas, ou na estação ou pôsto de desembarque, ou na alfândega.

A *cláusula "entrega em vagão"* e a *cláusula "entrega na estrada de ferro"* são diferentes: nessa, exige-se a entrega na estação ferroviária; naquela, a entrega há de ser já no vagão, portanto com as providências para que se possa transportar o bem ou se possam transportar os bens.

A *cláusula "franco a bordo"* implica obrigação do vendedor de pôr a bordo, à sua custa, ou já entregue ao navio, o bem ou os bens vendidos. A *cláusula "franco no desembarque"* (ou na chegada, ou na alfândega, ou nas docas) significa que correm a cargo do vendedor as despesas de transporte e os riscos de transporte. Tem-se de dizer qual o pôsto, ou a estação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de abril de 1922, *1?. dos T.,* 47, 392 s.).

Sempre que se há de considerar já entregue o bem vendido, os riscos e despesas posteriores são a cargo do comprador.

r

Se o vendedor, que já fêz a tradição, ou a faz no prazo, se vinculou a entrega fora do lugar em que estava ou estaria o bem, tem o vendedor de observar o que foi acordado com o comprador, quanto aos meios de transporte e os cuidados, devendo, por si só, defender os interêsses do comprador. Se nada se acordou, ao vendedor é que toca a escolha dos meios, mas responde por culpa. Diferente é a posição do vendedor se a tradição mesma é em lugar diferente daquele em que estava ou estaria o bem, porque, então, os riscos são seus e as despesas são suas.

O art. 203 do Código Comercial fala de compra-e-venda de partida "por junto", e não de compra-e-venda por partidas ou diferentes prestações. Aliás, pode haver compra-e-venda por partidas ou prestações diferentes, mas subordinadas à indivisibilidade da utilidade ou do interêsse, como se o comprador precisa de cem objetos porque os há de instalar no prédio que

~construiu ou de que faz a decoração e tem de entregar pronto o trabalho em data logo após a última partida. Daí não se poder dar solução *a priori* como fêz o 2Y Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de novembro de 1940 *(R. dos T.,* 128, 200).

6. FATURAS E CON,HECIMENTOS. Nas vendas em grosso ou por atacado, entre comerciantes, há o dever de faturamento, de acôrdo com o art. 219 do Código Comercial. Se de praça a praça, as faturas e conhecimentos hão de ser enviados, provàvelmente por intermédio de filiais, agentes ou bancos. Se a~ faturas e conhecimentos foram enviados por intermédio de alguém, entende-se que hão de ser entregues contra o pagamento do preço ou o aceite de títulos cambiários ou da duplicata mercantil, conforme o que se acordara.

7. TÍTULOS OU DOCUMENTOS. A entrega dos títulos ou documentos que bastam à retirada dos bens é tradição. Se o comprador examina o bem, ou não o examina, e devolve ao vendedor os títulos ou documentos, tem o vendedor de depositar judicialmente os bens vendidos. Se houve a tradição ao comprador, houve-a ao vendedor, em reenvio. Se a entrega foi no pôrto, a devolução dos títulos ou documentos de pessoa a pessoa, recusa é. Se o vendedor não os queria receber, a entrega foi contra sua vontade e tem de depositar os bens e os conhecimentos.

8. PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA E COMPRA-E-VENDA. A procuração em causa própria é instrumento de procura, mas já no interêsse exclusivo do procurador. Êle é outorgado da procura e não mais pyecisa prestar contas do que fizer. O outorgante cortou as suas ligações com os direitos, pretensões e ações a que a procura se refere. O procurador pratica os atos que o outorgante teria, por si, de praticar; mas para si, e não para o outorgante. t preciso, porém, que se não elimine a procura, afirmando-se, por exemplo, que a procuração em causa própria em caso de compra-e-venda, *já* é compra-e-venda *(e. g.,* g□a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de dezembro de 1942, *R. dos T.,* 143, 84), pois seria como se se dissesse que a procuração em causa própria para receber quantia dispensa o ato de recebimento. Quando a 3~a Câmara Civil permitiu que se transcreva a procuração em causa própria para vender como se já fôsse o instrumento da compra-e-venda e do acôrdo de transmissão, dando o inexplicado salto, subverteu os princípios. Se o procurador em causa própria quer vender, vende e recebe para si o preço. Tal a eficácia da procuração em causa própria. Se quer adquirir a propriedade e a posse do bem, tem de concluir contrato de compra-e-venda (como procurador vende e como outorgado compra) e acôrdos de transmissão, ou só acôrdo de transmissão, que possa ser transcrito, O que é dispensável é vincular-se, consensualmente, a si mesmo como comprador; não o acordar na transmissão <negócio jurídico consigo mesmo). Então, escreve o acôrdo de transmissão e o faz acompanhar

da procuração em causa própria.

Não há transferência entre vivos de direito de propriedade sem acôrdo de transmissão. Não bastaria o só contrato de compra-e-venda (2~a Turma do Supremo Tribunal Federal, 8 de novembro de 1944, *A. J.,* 74, 90> ; a *fortiori,* a procuração *zn rem suam.* Pelo contrato de compra-e-venda, apenas se promete transferência, não se transfere

<Tribunal de Justiça de Alagoas, 23 de janeiro de 1951, .*T. A.,* 1, 18).

A procuração em causa própria tem a grande conveniência de permitir que o procurador transfira a si, ou para outrem, os direitos, pretensões e ações que tem o outorgante e dos quais eventualmente se desligou. Pode o procurador em causa própria .renunciar à procura, porque a procuração em causa própria é renunciável, pôsto que seja irrevogável (cf. Código Civil, arts. 1.816, 1, 23 parte, e 1.320; cp. art. 1.817, ~, 23 parte). Se não tivesse sido em causa própria a procuração, estaria exposta, salvo outra razão, à revogação. Se o outorgante tivesse concluído, por exemplo, contrato de compra-e-

-venda, não poderia evitar as duas transmissões.

Passada a procuração em causa própria para vender, sem que se dêem podêres para transmitir a propriedade e a posse, o procurador pode fazer o contrato de compra-e-venda a favor de alguém ou em seu próprio favor, porém r

não tem poder para transferir a propriedade e a posse.

Se a procuração contém podêres para acôrdo de transmissão da propriedade, fácil é ao procurador em causa própria concluí-lo a seu favor, ou de outrem. Quanto à transmissão da posse, o acôrdo de transmissão opera a tradição, porque a procuração entregou ao procurador podêres para isso. Se o vendedor continuou possuidor, a sua posse torna-se posse imediata imprópria, ou, se outrem a tem, posse mediata imprópria.

Depois do acôrdo de transmissão, os atos do vendedor que se oponham à sua eficácia são atos de esbulho ou de turbação da posse, com tôda as suas conseqüências.

§ 4.318. Deveres do comprador

1.DEVER DE PAGAR O PREÇO. O comprador tem o dever de pagar o

preço. É o dever principal. Trata-se de contraprestação, característica do contrato de compra-e-venda. Se a contraprestação não fôsse dinheiro, mas outro bem, teríamos o contrato de *troca* ou *permuta.* Se outra fôsse a prestação, *e. g.,* serviços, obra, ter-se-ia de pensar noutro contrato.

"Pelo contrato de compra-e-venda", diz o art. 1.122 d& Código Civil, "um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de outra coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro". Aos contraentes cabe fixar o preço, se, excepcionalmente, não há tabelamento rígido, oriundo de lei. Há, em princípio, a liberdade de contratar, com as limitações da lei da usura e dos bons costumes.

2. DETERMINAÇÃO DO PREÇO. O preço é fixado no contrato de compra-e-venda. Se o não foi, tem-se de atender aos. usos e costumes. O art 1.124 do Código Civil é exemplificativo, e não taxativo. Diz êle: "Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa do mercado, ou da bôlsa, em certo e determinado dia e lugar".

Estatui o art. 193 do Código Comercial: "Quando se faz entrega da coisa vendida sem que pelo instrumento do contrato conste o preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fOsse corrente no dia e lugar da entrega; na falta de acôrdo por ter havido diversidade de preço no mesmo dia e lugar, prevalecerá o têrmo médio".

A propósito do preço, estabelece o Código Civil, art. 1.128:

"A fixação do preço pode ser deixada a arbítrio de terceiro,. que os contratantes logo designarem ou prometerem designação

Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contraentes designar outra pessoa".

Diziam as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 1, § 1:

"E para a venda ser valiosa, será o preço certo, em que se o comprador e o vendedor acordarem. E por tanto, se o vendedor dissesse ao comprador: *Vendo-vos esta cousa por quanto vós quiserdes,* ou *por quanto eu quiser,* esta venda não valerá. Porém, se o comprador e o vendedor se louvarem em algum homem, deixando em seu arbítrio que lhe assine o preço, por que a cousa seja vendida, declarando êle o preço, valerá

-a venda. E arbitrando êsse terceiro o preço da cousa assim vendida

desarrazoadamente, em maneira que alguma das partes não seja contente do seu arbitramento, deve-se a parte descontente socorrer ao Juiz, a que o conhecimento pertencer, que mande fazer outro arbitramento per homens bons. E o dito Juiz constrangerá o vendedor e comprador, que se louvem em homens bons dignos de fé, que tenham conhecimento, e sabedona de tal cousa, os quais per juramento dos Santos Evangelhos façam outro nôvo arbitramento. E se ambos se acordarem em uma tenção, estêm as partes por seu arbitramento. E não se acordando, então arbitre êsse Juiz com êles. E

acordando-se êle com cada um dos ditos arbitradores, isto fique firme e valioso por firmeza do dito contrato".

Estabelece o Código Comercial, art. 194: "O preço da venda pode ser incerto e deixado na estimação de terceiro; se êste não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores Observe-se que se corrigiu o que revela, no direito reinicola, confusão entre *invaUdade* e *ineficácia.*

Entre o Código Civil e o Código Comercial há diferença de solução: naquele, alude-se à aceitação pelo arbitrador, sem a qual ou os contraentes se louvam em outrem, ou há a *ineficácia* do contrato de compra-e-venda; nesse, o contrato é perfeitamente eficaz, por terem de funcionar os arbitradores.

3. QUANTIA A SER PRESTADA. Em princípio, há livre estipulação do preço. Os limites são dados pela lei de usura, que até aí pode ir, e outras leis especiais de contrôle estatal das vendas e, menos freqUentemente, das compras.

De regra, o preço é fixado por um dos figurantes e nêle acorda o outro contraente. Mesmo quando, nas r

punctaçóes, há discussão, é a vontade de um que serve de elemento ao *consensus.* Isso não quer dizer que haja determinação unilateral do preço; o que há é fixação pelo oferente, ou pelo invitante ã oferta, como se vê, a cada instante, nas vitrinas e nos mostruários (conforme, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, a 22

de setembro de 1989, *R. do 2*". *de A.,* 1, 418).

Se E não fixa o preço, ou não acorda em preço que A fixou, e deixa a A a fixação, infringe-se o art. 1.125 do Código Civil: "Nulo é o contrato de compra-e-venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxação do preço". Se o negócio jurídico foi

concluído, atribuindo-se a um dos contraentes dizer qual o preço, há invalidade. Se posteriormente se fixa o preço, por acôrdo dos contraentes, não há ratificação, mas negócio jurídico nôvo.

4. ALEGAÇÃO E PROVA DE NÃO SE TER DETERMINADO O PREçO. Se o vendedor alega que o preço não fôra determinado, tem de prová-lo (cf. A. STÕLZEL, *Schuíung fitr die civilistische Praxis,* 1, 55 s.).

5. A QUEM SE PAGA, QUEM PAGA E LUGAR DO PAGAMENTO.

O comprador tem de prestar o preço ao vendedor, ou a quem esse indicou. Se não há prazo para pagamento sem ser a prazo, ou sendo a prazo diferente a entrega do bem vendido, o pagamento faz-se contra o recebimento do bem. Quem reclama a prestação do outro contraente tem de cumprir, antes, o seu dever de prestar, salvo se a prestação do reclamante ainda não tinha de ser feita.

Olugar do pagamento é o lugar em que tem de ser entregue o bem comprado, salvo cláusula em contrário. De regra, coincide com o domicílio do vendedor. A *cláusula "pagamento à chegada do bem"* deve entender-se de pagamento no ponto em que o comprador deve apanhá-lo; portanto, aquêle lugar em que está à disposição do comprador o bem e, pois, transferida a posse. Se a cláusula é *cláusula "de pagamento* á, *entrega",* no domicílio do comprador é que se há de entre o bem e tem o comprador de prestar o preço.

O preço há de ser prestado integralmente, salvo cláusula em contrário.

Se o vendedor enviou títulos cambiários ou cambiariformes, sendo ã vista o pagamento, a operação fo i de vinculação do comprador *pro soluto,* e o mesmo ocorre se, sendo a prazo a compra-e-venda, o vendedor, na data do vencimento, recebe título cambiário ou cambianiforme. Para evitar q~ie não se pense em outra operação subjacente, é de tôda conveniência que o comprador exija o recibo. ~ perigosa a afirmação de que, com a entrega, do título cambiário ou cambiariforme, o comprador apenas se vincule, sendo *pro solvendo* a vinculação.

Pode o comprador abrir em algum banco crédito a favor do vendedor. tsse, com a *abertura de crédito,* apresentando as faturas ou conhecimentos e mais documentos, recebe dinheiro ou títulos cambiários ou cambiariformes. Se o banco subscreveu título, ou endossou, ou avalizou, assume a dívida cambiária ou cambiariforme. Se a entrega dos títulos é *pro solvendo,* ou *pro soluto,* depende dos

fatos, e a questão se resolve conforme os princípios.

No contrato de compra-e-venda, pode o comprador acordar com o vendedor que o pagamento seja feito por terceiro, de modo que o comprador só se exonera se o terceiro pagar. Em todo o caso, pode o terceiro assumir a dívida do comprador, com tôdas as conseqUências. A *assunção de divida* pode ser unifigurativa (entre o terceiro e o credor) ou bifigura tiva (entre o terceiro, o devedor e o credor). Cf. Tomo XXIII, §§ 2.852-2.866. Há também as assunções e transmissões legais de dívidas *(§§* 2.867 e 2.868) e as assunções e tnansmissóes. judiciais de dívidas (§§ 2.869 e 2.870).

6. DEVER DE RECEPÇÃO. Ao comprador, a quem o vendedor tem de prestar o bem prometido, corre o dever de receber o bem comprado. Entregando, conforme o contrato, o bem vendido, o vendedor libera-se e fica incólume a despesas e riscos do bem entregue. *Receber* não é *considerar como perfeita o adimplemento.*

O dever de recepção é pré-excluível em cláusula contratual,. ou excluível por pacto posterior.

Se o comprador se recusa a receber o bem comprado, no lugar, tempo e forma estabelecidos, incorre em mora (Código"Civil, art. 955, 2Y parte). A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento (Código Civil, art.

958).

A recusa de receber infringe o dever de recepção e dá ao vendedor as pretensões do art. 958 do Código Civil.

O contraente, lesado pelo inadimplemento do dever de pagar o preço (dever principal do comprador), ou de entregar o bem vendido (dever principal do devedor), pode pedir a *resolução* do contrato, com perdas e danos (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único). Em princípio, a recusa a receber só tem as conseqUências do ant. 958

r

do Código Civil, não as do art. 1.092, parágrafo único. O art. 1.092, parágrafo único, supõe *mora no adimplemento* (L. ENNECCERUS-H.

LEHMANN, *Lehrbuch,* II, 14.~ ed., 410; PALANDT, *Buirgerliches Geseizbuch,* 14~a ed., 356). Todavia, pode ocorrer que a não-recepção implique mora no adimplemento, como se o vendedor tem interêsse em que o comprador retire o que foi demolido, ou as mercadorias que estão no armazém que êle vai entregar ao locador, ou está destinado a outro comércio. Aí, principalizou-se a recepção. Mas é preciso que, em virtude de cláusula explícita, implícita ou tácita seja de entender-se que se criou o *dever de receber.*

Então, a infração, por parte do comprador, não produz somente *mora creditoris,* também determina *mora debitoris,* com tôdas as suas consequências.

O comprador tem de pagar o preço . Pagar o preço do bem comprado é entregar propriedade e posse do dinheiro.

Não só a propriedade, nem só a posse. Pode ser que o comprador se haja satisfeito com a entrega do cheque, visado ou não .

Salvo cláusula em contrário, o comprador há de receber o bem comprado. Tal recepção pode ser exigida em ação, inclusive pode o vendedor fazer o depósito em consignação. Se não o recebe, incorre em *mora accipiendi.*

No Código Comercial, art. 204, há diferença: "Se o comprador sem justa causa recusar receber a coisa vendida, ou deixar de a receber no tempo ajustado, terá o vendedor ação para rescindir (lI > o contrato, ou demandar o comprador pelo preço com os juros legais da mora; devendo no segundo caso requerer depósito judicial dos objetos vendidos por conta e risco de quem pertencer". Considerou-se a *mora aceiviendi,* em se tratando de compras comerciais, criadora de *pretensão à resolução por inadimplemento,* provàvelmente por haver interêsse dos comerciantes em que não fiquem na casa comercial os bens que foram vendidos.

Às vêzes, ao recebimento do bem comprado hão de preceder atos preparatórios, como empacotamento, vasilhame, ensacamento, pesagem, medição, proteção contra chuva ou fogo, ou sol. Tais atos ou são unilaterais ou bilaterais, como, respectivamente, a escolha e a contagem (que é em cooperação).

Só é adstrito a receber por partes, lotes, ou porções, o comprador que nisso acordou.

São justas causas para a recusa: não se tratar do bem especifico que se comprou; se o bem comprado é genérico, não ter havido a escolha que

competia ao comprador, ou não ter a qualidade ou as qualidades do acôrdo, ou se não confere com a amostra (Código Comercial, art. 201) ; se há vícios aparentes do objeto; se, nos casos de ser de relevância a marca ou outra indicação, não a contém; se a embalagem não é suficiente, ou adequada, ou se está defeituosa, ou não veio com a embalagem o objeto.

Se as afirmações do vendedor, de público, eram apenas íle propaganda, não-sérias, ou de inverdade fàcilrnente verificável, tratam-se como cláusulas não insertas no contrato. *Aliter,* se o comprador não podia apurar a verdade das afirmações e nelas podia crer, ou se, de longe, não poderia considerá-las não-sérias.

Se a entrega é longe do lugar em que se acha o vendedor, tem o comprador, se se recusa a receber o bem, de devolver ao vendedor a fatura, os conhecimentos e outros documentos e o objeto.

A pretensão do comprador por vícios ocultos do objeto é outro assunto, que foi tratado no Tomo XXXVIII, *§§*

4.288-4.241 e ao qual adiante nos referiremos.

Se o bem não é o mesmo, ou não tem as qualidades que se apontaram, ou não eram as da amostra, o comprador pode recusar-se a recebê-lo, mas a seu risco, porque, no direito civil, somente não se exporia a ser considerado sem justa razão, se houvesse exame judicial, ou, no direito comercial, laudo de arbitradores (cf. Código Comercial, art. 201).

Se o comprador já pagou o preço e não quer receber o bem comprado, o vendedor deve pedir o depósito em consignação, para se exonerar da responsabilidade, inclusive dos riscos (cf. Código Civil, arts. 972-984; Código Comercial, art. 206). O depósito em consignação também é de fazer-se se comprador não é encontrado, ou se está em situação de não poder receber o bem vendido.

7. VICIO DO OBJETO VENDIDO CONJUNTAMENTE. Lê-se no Código Civil, art. 1.188: “Nas coisas vendidas conjunta-mente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de tôdas”. No Código Civil, acertadamente se pôs a matéria dos vícios redibitórios na Parte Geral do Direito das Obrigações (arts.

1.101-1.106) ; de jeito que lá haveria de estar a regra jurídica do art. 1.138. O assunto não é restrito à compra-e-

-venda. Todos os contratos comutativos podem ser sôbre bens conjuntamente prestados, ou a serem prestados. A heterotopia é, contudo, sem relevância. Leia-se ú art. 1.188 como se fôra princípio geral e estivesse no lugar próprio. Aliás, a interpretação do art. 1.188 é a seguinte: Se a compra-e-venda foi de dois ou mais bens, sem se determinar qual o bem ou quais os bens são os principais, por preço global, e só um bem ou alguns bens são defeituosos, em princípio só se pode pedir a redibição do que está ou é viciado.

Não há invoca-se o art. 1.138 do Código Civil se o bem é um só e se compõe de peças, porque aí o vício do objeto r

está na *parte* do bem, e não noutro bem, embora pertença. Se os bens foram vendidos como se formassem todo, pode ser pedida a redibição se os bens viciados não podem ser separados do bem principal ou dos bens principais, ou dos outros bens, sem dano para o bem não viciado, ou para os bens não viciados.

Se o caso entra na regra jurídica do art. 1.138 do Código Civil, dá-se a redução do preço conforme o valor dos bens ao tempo da compra-e-venda.

A 3~a Câmara Civil do Tribunal de Justiça dc São Paulo, a 14 de setembro de 1950 *(R. tios T.,* 189, 170), teve ensejo de examinar caso de compra-e-venda de motor e de britadora, cujos mancais não eram de liga adequada.

Foi decidido, *in casu,* que os objetos não encerravam bens conjuntos, que o motor e a britadora eram bens independentes.

No Código Comercial, art. 210, por influências de sistemas jurídicos estranhos, fala-se de vícios redibitórios a propósito da compra-e-venda: “O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecera, ou a não compraria, ou teria dado por ela muito menor preço”.

Tem-se de encarecer a atitude do legislador brasileiro que se libertou da ligação dos vícios redibitórios ao contrato de compra-e-venda, tomando a dianteira ao próprio Código Civil alemão, §§ 459-493. Aliás, já assim o Código Civil austríaco, *§* 922, e o Código Civil argentino, art. 2.164.

8. OUTROS DEVERES DO COMPRADOR. O contrato de compra-e-venda pode conter cláusulas de que derivem *deveres especiais do comprador.* A lei previu alguns ônus, em regras jurídicas dispositivas; e há regras jurídicas dispositivas, reveladas pela interpretação de acôrdo com os usos e costumes. "Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas da escritura a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição" (Código Civil, art. 1.129). Cp. art. 1.164, 1. Mediante cláusula explícita ou implícita pode o comprador prometer retirar os bens comprados, ou indicar, depois da conclusão do contrato, para onde se hão de expedir, fornecer ou pagar a embalagem, mandar o carro ou outro veículo que os desloque. Os usos e costumes é que decidem, na falta de cláusula, se o comprador é adstrito à devolução da embalagem, com ou sem as despesas correspondentes.

No Código Comercial, art. 196, diz-se: "Não havendo estipulação em contrário, as despesas do instrumento da venda, e as que se fazem para receber e transportar a coisa vendida são por conta do comprador Sempre que há dever do comprador, a infração é determinadora de *mora debitoris,* e não de *mora creditoris.* O

dever de receber pode existir, conforme já dissemos.

§ 4.319. Compras-e-vendas à vista

1. EFICÁCIA IMEDIATA E EFICÁCIA PROTRAIDA". A composição mais simples da compra-e-venda é a da compra-e-venda à vista: à conclusão do contrato, o vendedor *tem* de entregar o bem e o comprador de pagar o preço. Não há qualquer prazo. Em consequência, há o negócio jurídico bilateral da compra--e-venda, o acôrdo de transmissão da posse e o acôrdo de transmissão da propriedade. Os dois acôrdos têm o seguimento do ato-fato jurídico da tradição e dos atos necessários à transmissão da propriedade, em se tratando de bem imóvel, ou de móvel cuja transmissão de propriedade é sujeita a formalidades exigidas por lei, ou por outro negócio jurídico.

A eficácia imediata, completa, dá a ilusão de só haver um negócio jurídico; isto é, de ser contrato real o contrato de compra-e-venda, o que o sistema jurídico brasileiro, como o alemão, repele.

O "recibo" pode conter implicitamente o negócio jurídico a que êle concerne. Então, é *instrumento* de negócio jurídico e é *recibo,* pôsto que só se redija como recibo. Somente contém *quitação* se o diz explicitamente. Se se declara ficar quite o credor, então há *negócio*

juridico, há *recibo* e há *quitação,* tudo num só instrumento. As regras jurídicas sôbre forma hão de ser observadas para cada um. A quitação não é negócio jurídico: é ato jurídico *siricto seneu.* O recibo também o é. Mas o recibo declara menos do que a quitação, porque não declara estar *liberado* o devedor.

2. COMPRA-E-VENDA MANUAL OU DE CONTADO. Na *compra-e-venda manual* ou *de contado,* o comprador presta mais atenção ao fato de adquirir do que ao de comprar. Uma vez que êle viu o que quer, o que lhe interessa adquirir, o exame do bem e do preço, o *comparare* (o ~ *comperare,* o comparar, de que vem *comprar)* é instantâneo e instantâneos o oferecer e o aceitar, de modo que não há tempo para se perceber a dívida do vendedor, nem, sequer, a do comprador. Como que pulam o contrato de compra-e-venda; ou, melhor, tudo se r

passa como se êles o pulassem. Verdade é, porém, que na compra-e-venda manual, imediata, dificilmente a mão do vendedor entrega o bem *ao mesmo tempo* que a mão do comprador entrega o preço. A simultaneidade é ilusória. Ou o preço é entregue antes de ser entregue o bem, ou êsse é entregue antes daquele, embora com intervalo de minutos, ou mínimo. O contrato de compra-e-venda é, então, acompanhado dos acôrdos de transmissão. Uma das conseqüências da concepção alemã-brasileira, que era a concepção do direito luso-brasileiro, está em que, com a resolução do contrato de compra-e-venda, o bem fica em poder do comprador, *nascendo* a pretensão do vendedor à restituição. (Nos sistemas inspirados no direito francês, o risco do perecimento do bem, por algum caso fortuito, transmite-se ao comprador desde o momento em que se conclui o contrato de compra-e-venda, mesmo se o bem não lhe foi entregue. Por outro lado, a exigência do registo imobiliário, a respeito de imóveis, mostra quanto artificial é a concepção do contrato de compra-e-venda sem a separação entre êle e os acôrdos de transmissão.)

Os acôrdos de transmissão são abstratos. Por isso, nulo o contrato de compra-e-venda, ou anulado, os acôrdos de transmissão persistem se pela mesma razão ou por aí não são nulos, ou anuláveis.

3.ACORDO DE TRANSMISSÃO. No Código Civil e no Código Comercial, a separação entre contrato de compra-e--venda e acôrdo de transmissão é frisante. Assim, lê-se no Código Civil, art. 1.130: “Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço”. No Código Comercial, art. 191, 1.8 parte, põe-se em relêvo que, desde o momento em que se conclui o contrato

de compra-e-venda, nenhum dos contraentes pode arrepender-se, ainda que o bem não se ache entregue, nem pago o preço; e no art. 197 diz-se que o bem há de ser entregue no tempo e modo que resulta do contrato.

§ 4.320. Compras-e-vendas a prazo

1.CONCEITO E PRECISÕES . Há contrato de compra-e--venda a prazo se se estipula *a)* que o preço, no todo ou em parte, há de ser pago quando se entregar em prestações periódicas, ou a dados momentos, o bem ou se entregarem os bens vendidos, ou *19* que a entrega é imediata, ou não, mas o preço é a prestações sucessivas (periódicas, ou não), ou *e)* que o preço se fará desde logo, ou a certo momento, ou a certos momentos. e a entrega do bem vendido é em prestações sucessivas, periódicas ou não .

Na vida contemporânea, em que a concepção econômica é de prover ao confôrto, dentro do tempo, as compras-e-vendas a prestações passaram a ter importância enorme. Não se considera o que se ganha por mês como unidade correspondente ao mês, mas algo que se há de somar aos proventos futuros. Os haveres são, hoje, mais mensais, às vêzes semanais, do que anuais, como soíam ser ao tempo dos que dependiam das colheitas e das vendas de animais nas feiras anuais.

As compras-e-vendas a prazo, se facilitam, econômica-mente, as circulações e as aquisições para uso próprio, têm inconvenientes, que se hão de pesar: os créditos dos vendedores podem tornar-se sem valor (incobráveis, ou de cobrança difícil ou dispendiosa) ; os compradores têm de dar garantias. e, de ordinário, pagam mais do que pagariam se a compra-e-venda fôsse à vista.

Diz a Lei n. 187, de 15 de janeiro de 1936, art. 5.~: “Nas vendas a prestações poderá o vendedor emitir, em vez de uma só, da importância global do preço, tantas em quanto for êle dividido, tomando essas duplicatas o mesmo número de ordem adicionado de um algarismo romano, em ordem crescente, ou letra do alfabeto, designativo de cada prestação”. A regra juridica é a favor do vendedor: se o contrato de compra-e-venda tem cláusula de pagamento a prestações, ou a) o vendedor emite uma só duplicata mercantil, com a importância global do preço, para que o comprador vá pagando as prestações de uma em uma, ou com antecipação (facultativa, a favor do comprador, Lei n. 187, ad. 16) ; ou *19* emite tantas duplicatas quantas forem as prestações, com o mesmo número

de ordem, seguida de número romano, ou letra dó alfabeto *(e. g.:* 16, 1; 16, A; 11, *a).* No primeiro caso, *a),* a duplicata mercantil é de vencimentos sucessivos, conforme consta da cártula (Lei n.187, ad. 3□O, § 1.0, *verbis*

“sendo permitido conter outros

dizeres ou esclarecimentos, uma vez que lhe não alterem a feição característica de expressàо de contrato de venda e de promessa de pagamento do preço”). A cada vencimento de prestação, o comprador, que a paga, há de exigir recibo no título e em separado, porque o título fica com o portador. Daí surgem alguns problemas, como o de ser cancelada pelo vendedor ou pelo endossatário a declaração de quitação. Ou se há de entender que é incancelável, ou que o endossatário que diz lhe ter sido endossado o título com o cancelamento tem o ônus da prova de que não foi dado recibo em separado. Seria contra os princípios que se tomasse por incancelável a quitação, mas perigoso para o tráfico mercantil que se deixasse *à* mercê dos endossatários riscar-se a quitação. A solução acorde com os r

princípios somente pode ser a da cancelabilidade, presumindo-se de má fé o cancelamento se, ao tempo em que se venceu a prestação, não houve protesto. Então, o recibo em separado pode ser oposto ao endossatário que cancelou ou a qualquer dos que se lhe seguiram. Essas e outras dificuldades e obscuridades têm concorrido para que se não use, para as vendas a prestações, a unicidade de duplicata mercantil. Na espécie lO, cada duplicata mercantil tem a sua sorte, *salvo* se em tôdas ou em algumas se apôs a declaração de que o vencimento de uma e o protesto por falta de pagamento implica o vencimento das de datas subseqUentes. Sôbre as duplicatas mercantis, desenvolvidamente, Tomo XXXVI.

Se o apontado como comprador não aceita a duplicata mercantil, alegando não ter recebido a mercadoria, ao vendedor, ao cobrar o preço da compra-e-venda, pelos meios que a lei comum lhe dê, cabe o ônus da prova da entrega (cf. 8.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23 de setembro de 1949, *R.* 7., 130, 145).

Se, em vez de pagamento do preço, o vendedor recebeu notas promissórias ou outros títulos cambiários ou cambiariformes, sem que se haja feito dependente do pagamento a não-resolução do contrato, o que se há de entender é que houve dação em soluto (cf. 5.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 81 de março de 1950, *R. dos T.,* 186, 826).

2. SEGURANÇAS E CONTRAPESOS ÀS DESvANTAGENS. Os vendedores exigem, por vêzes, fianças, ou títulos cambiários abstratos; outras vêzes, satisfazem-se com os seus serviços de informação, quase sempre serviços de bancos que lhes descontam os títulos. No direito brasileiro, a duplicata mercantil, criação sua, exerce função de grande relevância na intensificação do comércio por vendas a prazo. Um dos expedientes de segurança é a *reserva de propriedade,* mais freqUentemente *reserva de dominio.*

a. CLÁUSULA DE VENCIMENTO IMEDIATO DO RESTO DO PREÇO.

Se algo já foi prestado, há o resto do preço; e vale a cláusula segundo a qual, não cumprindo o comprador algum dos seus deveres, e não só o de pagamento de alguma prestação, se vença a dívida do resto do preço. O art. 954 do Código Civil não se refere a essa espécie de antecipação do vencimento, porque se trata de antecipação negocial de vencimento, e não de antecipação legal, como as do art. 954, LI, II e III.

A cláusula de reserva de propriedade, que mais freqUentemente é a de domínio, é cláusula de resolução. (O

contrato fica resolvido, e não nulo, ou anulado, expressão que aparece, por êrro, em alguns juristas; *e. g.,* KARL

LARENZ, *Lehrbueh des Schuldrechts,* II, 77). O vendedor tem de restituir os pagamentos recebidos e o comprador há de reembolsar o vendedor quanto aos proventos tirados do bem.

Discute-se se, tendo havido concurso de credores e restituição do bem, cabe a indenização acima referida; bem assim se tal indenização é de dar-se se o vendedor adquire em juízo executivo o direito do comprador (posse sem propriedade). A resposta à primeira questão tem de ser afirmativa: o pedido do vendedor *(e.* g., Decreto-lei n.

7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 76-78) contém, implicitamente, o exercício do direito de resolução (não ocorre o mesmo se o vendedor opõe os embargos de terceiro, conforme o art. 79 do Decreto-lei n. 7.661, Lei de Falências). Quanto à segunda questão, não se há de pensar em que está implícito no ato de arrematação o exercício do direito de resolução, pois o vendedor arremata o direito do comprador, que, *ex hvpothesi,* não deixou de adimplir perante o vendedor. O que se passa é que o vendedor adquire o direito de posse do comprador e o direito expectativo (direito, ai, contra si mesmo),

suscetível de transferência a outrem, se o vendedor evita a extinção pela confusão (cf. HELMUT RIYHL, *Eigentumsvorbehalt und AbzahlungsgeseMft,* 262; L. ENNECCERUS-H. LEIfMANN, *Lehrbuch,* 85.~ ed., 469).

Os contratos, às vêzes chamados, no instrumento, contratos de arrendamento, pelos quais o locatário, após o pagamento de alguns "alugueres", se faz proprietário, ou adquire direito formativo gerador à compra pelo restante do que deveria se continuasse até o fim o arrendamento, regem-se pelas regras jurídicas dos contratos de compra-e-venda a prazo.

4. TRANSFERÊNCIAS FEITAS PELO COMPRADOR OU PELO VENDEDOR. O comprador pode prometer a outrem contrato de compra-e-venda do bem que comprou e vai receber. Pode mesmo vendê-lo; o que não lhe é dado é transferir a propriedade e a posse, ou só a propriedade ou só a posse, porque ainda não as tem. Outra figura é a da cessão dos direitos do comprador, que ainda não recebeu o bem, regida pelos arts. 1.065-1.078 do Código Civil. Para efeitos em relação ao devedor, é preciso que seja notificado. Ainda pode ocorrer a transferência do contrato de compra~e.venda, de jeito que o outorgado assuma a posição de credor do bem e devedor do preço e outras prestações, se as houver. O próprio vendedor pode obter a assunção de divida por outrem, assuntos de que já falamos longamente (Tomo XXIII, §§ 2.822-2.889, sôbre cessão de crédito; §§ 2.852-2.866, sôbre assunção de r

dívidas; §§ 2.871-2.877, sôbre transferência total da posição subjetiva). Há, ainda, as cessões legais de créditos (§§ 2.842-2.846) e as cessões judiciais de crédito (§§ 2.847-2.851), as assunções e transmissões legais de dívidas (§§ 2.867 e 2.868), as assunçóes e transmissões judiciais de dívidas (§§ 2.869 e 2.870), as transmissões legais da posição subjetiva no negócio jurídico (§§ 2.878 e 2.879) e as transmissões judiciais da posição subjetiva no negócio jurídico (§§ 2.880 e 2.881).

5. COMPRA-E-VENDA SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA. A compra-e-venda sob condição resolutiva é aquela que se desfaz se algum fato ocorrer, ou se o comprador ou vendedor não pratica algum ato. Por exemplo: A vende a E o prédio sob a condição resolutiva de não ter B, ou A, entrado para a sociedade 5, de que faz parte ou não o outro contraente. É freqúente no comércio a compra-e-venda sob condição resolutiva, inclusive para que o comprador se garanta de algum ato do

vendedor. Para evitar que se entendam vendidas sob condição as mercadorias, costuma-se dizer, nas notas de venda, ou em cartazes, que as mercadorias não podem ser restituidas, nem trocadas.

A compra-e-venda sob condição fica conclusa desde o *consensus.* A resolução a desconstitui. Por vêzes, há condição resolutiva e há têrmo: se no prazo tal não comprar o terreno de junto e se a condição não se implir até tal dia, a compra-e--venda torna-se incondicionada.

Se a condição é a favor do vendedor, não se pode pensar em cair a condicionalidade se o comprador manifesta, expressamente, querer ficar com o bem comprado. Se a favor do comprador, sim. Também somente na segunda espécie, pode o comprador revender o bem, sem se tornar responsável pelos danos.

Tem-se afirmado que a compra-e-venda sob condição resolutiva se choca com os usos e necessidades comerciais; porém isso de modo nenhum significa a sua proibição.

6. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.168. Lê-se no Código Civil, ad. 1.163: "Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço". Parágrafo único: "Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda". Aí há *pacto comissório,* e não simples *cláusula de resolução.*

O art. 1.163 do Código Civil estabelece a *resolubilidade por cláusula expressa,* para o caso de não pagamento pelo comprador. Se se pediu o pagamento, renunciou-se à cláusula de resolubilidade (13 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 81 de dezembro de 1952, *A.* .7., 107, 888>.

-Aliás, o pedido de resolução por inadimplemento, conforme o art. 1.092, parágrafo único, pode ser em alternação com o de adimplemento. o parágrafo único do art. 1.168 é que estabelece algo de plus, em relação do que resulta do art. 1.092, parágrafo único. Cf. 4.~ Câmara Cível, 28 de maio de 1953 *(R. dos T.,* 217, 189).

7. COMPRA-E-VENDA" PARA REVENDA. No direito brasileiro, a *compra-e-venda para revenda* é compra-e-venda condicional, como qualquer negócio jurídico que se conclui com a restituibilidade se alguma operação não se faz *(e. g.,* compra-e-venda com a condição resolutiva de não ter o comprador obtido a loja em que instalaria os

bens comprados). Quando o comerciante não está seguro d~ revenda do que comprou~ lança mão do contrato de compra-e-venda para revenda, quase sempre com pagamento a prazo. Se revenderem, pagam; se não revenderem, restituem. A condição é resolutiva. Não ocorreu a revenda *(condicio),* restitui-se a mercadoria, e extingue-se a eficácia do contrato. „Os riscos, até a restituição, tocam ao comprador. Se as mercadorias sofreram algum dano, o vendedor pode recusar-se a recebê-las em restituição e, se recebeu o preço, só restituir parte dêle.

De regra, há prazo para a revenda ou a restituição. Se o comprador manifesta a vontade de ficar com o bem, mesmo se o não revende, não há mais pensar-se em condição.

Se o vendedor e comprador acordam em que a compra--e-venda seja para revenda, não há cogitar-se de mandato nem de depósito, nem de regras jurídicas próprias dêsses institutos. Se o vendedor fixou o preço da revenda, que seria por sua conta, há mandato, e não compra-e-venda para revenda.

CAPiTULO lI

RISCOS DO BEM VENDIDO

r

§ 4.321. Transferência dos riscos

1. PRELIMINARES. Em princípio, as regras jurídicas sôbre os negócios jurídicos bilaterais e os contratos bilaterais incidem a propósito da compra-e-venda. Se não se dispôs diversamente, as dívidas hão de ser adimplidas simultânea-mente e cada contraente pode exigir a prestação quando presta. Se exige antes de cumprir, há a exceção *non adimpleti contractus,* ou, conforme as circunstâncias, a exceção *non rite adimpleti contractus.*

O vendedor está vinculado a dar ao comprador a propriedade, ou a posse, ou a propriedade e a posse do que vendeu. Quanto à entrega da posse, qualquer meio basta, inclusive o da cessão da pretensão à

entrega, mas, se é preciso propor-se ação de reivindição, ou se já fôra proposta, ou o comprador anuiu em que se considerasse adimplida a dívida, com a cessão da pretensão reivindicativa, o que depende de cláusula especial, ou só se tem por satisfeita a pretensão do comprador quando, vencedor o reivindicante, o bem é entregue, por alguns dos meios de transmissão da posse.

A dívida do vendedor abrange as *pertenças.* Quem vende o cofre, ou a valise, vende o bem móvel com as chaves.

Se há segrêdo, o segrêdo é pertença.

Tem o vendedor de comunicar ao comprador quanto saiba sôbre relações jurídicas que alcancem o bem vendido.

2.DIREITO COMUM E DIREITO REINICOLA. Conforme o direito comum, ao comprador é que corriam os riscos do bem comprado se houve caso fortuito ou fôrça maior. Noutros termos: com o caso fortuito ou fôrça maior, liberava-se o vendedor da dívida do bem vendido, mas o comprador tinha de pagar o preço *(Periculum est ernptoris)*. Distinguiam-se a compra-e-venda vinculante *(emptio contracta)* e a compra-e-venda já exigível *(emptio perfecta)*. Nas compras-e-vendas de bens genéricos, era preciso, para a perfeição, que estivesse precisada a *espécie.*

Podia-se falar, então, de irradiação de efeitos da compra- e-venda, ao passo que, rigorosamente, no direito hodierno que se exemplifica no sistema jurídico brasileiro, os riscos sfto efeito do cumprimento do acôrdo de transmissão, ou da cláusula do contrato de compra-e-venda referente à superveniêcia dêles.

3. CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO COMERCIAL. No Código Civil, art. 1.127, diz-se: “Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

As Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 8, pr., e § 5, estatuiam diferentemente: “Tanto que a venda de qualquer coisa é de todo perfeita, tôda a perda e perigo, que dai em diante acêrca dela aconteça, sempre acontece ao comprador, ainda que a perda e dano aconteça antes que a coisa seja entregue. E porque se poderão fazer algumas dúvidas acêrca do modo em que se a venda há por perfeita quanto ao perigo, que se depois segue, as determinamos na maneira seguinte” (pr.). “E se fôr vendida alguma quantidade, que se haja de medir e gostar, ou pesar e gostar, assim como vinho, mel, azeite, ou

especiaria, ou outras semelhantes, todo o perigo, que acêrca da dita coisa assim vendida acontecesse, antes que o comprador medisse e gostasse, pertencia ao vendedor. Porém, tanto que fôr medida e gostada, ou pesada e gostada, pertencerá o perigo ao comprador" (§ 5). Já assim nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 46, pr. e § 7, com diferença de redação, e nas Ordenações Manuelinas, Livro IV, Titulo 31, § 5.

Lê-se no Código Comercial, art. 199: "A tradição da coisa vendida, na falta de estipulação expressa, deve fazer-se no lugar onde a mesma coisa se achava ao tempo da venda; e pode operar-se pelo fato da entrega real ou simbólica, ou pela do título, ou pelo modo que estiver em uso comercial no lugar onde se deva verificar".

§ 4.322. Regulação dos riscos

1.Riscos DO BEM VENDIDO. O *contrato de compra-e-venda* é contrato consensual, e não real. O *acOrdo de transmissão,* mesmo se incluso no mesmo instrumento, é segundo momento, em negócio jurídico à parte. De ordinário, dois negócios jurídicos: o acôrdo de transmissão da posse e o acôrdo de transmissão da propriedade. A *tradição* do bem vendido ou dos bens vendidos é terceiro momento, conceptualmente, pôsto que o ato-fato jurídico possa ser simultâneo ao acôrdo de transmissão da posse.

Se o vendedor entregou o bem vendido, não há pensar-se em responsabilidade pelos riscos. Se por outra razão não cessou a sujeição do vendedor aos riscos, só a transmissão da posse tem tal conseqUência. Não importa se já houve, ou não, a transmissão da propriedade.

Discute-se se, em caso de cessão da pretensão à entrega contra terceiro, ainda ficam ao vendedor os riscos. A r

solução acertada é „a que vê, ai, adimplemento quanto à entrega, pois que o comprador a admitiu (II. SIBER, *Schuldrecht,* 226; contra, sem razão, FR. LEONHARD, *Resonderes Schuldrecht,* 21).

Lê-se no Código Civil, art. 1.127: "Até ao momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador". § 19: "Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar, ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta dêste". § 2.0:

"Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados". Cf. art. 958. Para que o pôr à disposição do comprador o bem vendido tenha o efeito de transferir os riscos é preciso que se estabeleça *mora recipiendi.* Quem põe à disposição do comprador o bem vendido que não teria de ser recebido nesse momento de modo nenhum transfere os riscos *(e.* g., se a compra-e-venda não foi à vista e o têrmo para a entrega ainda não foi alcançado, ou não se adimpliu a condição>.

Na compra-e-venda à vista, La Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 5 de outubro de 1943 *(R. 9., 98,* 409).

O vendedor suporta o risco desde que se conclui o contrato até que entregue o bem vendido, *salvo cUiwsula em contrário* (assunção de riscos pelo comprador, total ou parcialmente, ou quanto a certas causas). Se o bem perece antes de ser entregue, não tem o comprador de pagar o preço. Se o perecimento foi só em parte, há diminuição do preço, proporcionamente. O risco passa ao comprador se houve entrega, ou se o comprador incorreu em *mora accipiendi,* ou se houve cláusula em contrário. (Entrega, conforme temos dito, é a entrega da posse *devida.* A pretensão à entrega pode bastar, como a posse só mediata, mas de que a posse imediata dependa, e. g., posse mediata da casa que o comprador comprou sabendo estar alugada. Cf. MARTINIUS (Zur Lelire von der Gefahr beim Kauf nach dem BGB., *Archiv 11 Biirgerliches Reoht,* 17, 50 si. A transmissão do risco é independente da transmissão da propriedade: desde que se entrega a coisa verdida, assume o comprador os riscos. O risco transfere-se mesmo se o vendedor se reservou a propriedade até pagamento total do preço. Mais ainda: se se discute a propriedade, ou se foi assente que o vendedor não é proprietário, mas o bem persiste sob a posse do comprador.

Se o bem entregue perece e a propriedade não era do vendedor, que teria de pagar ao dono o preço do bem, se o dono dêle se quisesse desfazer, o comprador pode diminuir no preço o que o vendedor teria de pagar ao dono do bem (cf. S. STERN, *Die Gefahrtragung beim Kauf,* 1 sj.

A entrega não pré-exclui ao comprador a pretensão e a ação para indenização se o bem perece, depois, sem culpa do comprador, e tinha o comprador de restituir a posse a terceiro, que tinha direito a ela.

2.DIREITO CIVIL E DIREITO COMERCIAL. Estatui o Código Comercial,

art. 206: “Logo que a venda é de todo perfeita, e o vendedor põe a coisa vendida à disposição do comprador, são por conta dêste todos os riscos dos efeitos vendidos, e as despesas que se fizeram com a sua conservação; salvo se ocorrerem por fraude ou negligência culpável do vendedor, ou por vício intrínseco da coisa vendida; e tanto em um como em outro caso o vendedor responde ao comprador pela restituição do preço com os juros legais, e indenização dos danos”.

Não há discordância com o art. 1.127 do Código Civil (Tomo XXIII, § 1.794, 1).

3. GÊNEROS VENDIDOS A ÊSMO OU POR PARTIDA INTEIRA. Lê-se no Código Comercia], ad. 208:

“Quando os gêneros são vendidos a êsmo ou por partida inteira, o risco corre por conta do comprador, ainda que não tenham sido contados, pesados ou medidos, e bem assim nos casos do n.0 3 do artigo antecedente, quando a contagem, pêso e medida, deixa de fazer-se por culpa sua”.

O comprador assume os riscos se os gêneros são vendidos a êsmo, por partida inteira ou em bloco, se postos à disposição do comprador, ainda que não tenham sido pesados, contados ou medidos para a determinação do preço. Cf. Código Comercial, art. 203, □

1 a parte. O pôr à disposição é, aí, como nos casos do art. 206, tradição.

Idem, se o comprador recebe sem contar, pesar ou medir os bens genéricos que estavam para serem contados, pesados ou medidos, e isso ocorreu por culpa sua (Código Comercial, art. 207, inciso 3).

Também assume os riscos o comprador se, por culpa sua, deixou de assistir à contagem, pesagem ou medição dos bens que deveriam ser assim entregues, para que o vendedor cumprisse o contrato (Código Comercial, art. 208,

□

2 a parte). Aí, é preciso que se caracterize a mora do comprador, que depende, no direito comercial, da interpelação judicial (Código Comercial, art. 205).

4. CLÁUSULA “CIF”. Os riscos são do comprador se há *cláusula “cif”* e

o vendedor a cumpriu (Supremo Tribunal Federal, 2 de maio de 1919, *R. do S. T. F.,* 19, 587; *R. de D.,* 58, 32S s.) "Pela cláusula *oif,* segundo a r

significação e efeitos que lhe atribuem os usos do comércio internacional, a responsabilidade do vendedor pela mercadoria vendida cessa com o embarque da mesma mercadoria e com a entrega do respectivo conhecimento e o da apólice de seguro, correndo então os riscos por conta do comprador e adquirindo o vendedor direito ao pagamento do valor da mercadoria embarcada"; acórdão no qual se parece atribuir à entrega do conhecimento e da apólice o efeito traditivo, sem se advertir em que isso é apenas prova do embarque, cf. Código Civil, art. 1.128.

As despesas resultantes da demora do navio ou do trem, ou do caminhão, ou de outro veículo, após o embarque, são por conta do comprador, inclusive se por embarcados se têm os bens entregues à expedicionária ou transportadora. Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de setembro de 1918 e 14 de novembro de 1922 *(R. dos T.,* 27, 314 s., e 46, 183 sj. A transmissão da posse é que decide se no pôrto, ou se em poder do transportador fica o bem. Quando o entregador usa ~ cláusula *eif* ou outra semelhante, autoriza a entrega a quem fique com a posse imediata imprópria. Pouco claro o acórdão das Câmaras Civeis Reúnidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 18 de junho de 1895 *(1?. de 11.,* 80, 120 s.). Se as avarias são anteriores ao embarque, a responsabilidade é do vendedor.

Mesmo se há a cláusula *cif,* o comprador pode examinar o bem que foi entregue, inclusive no pôrto do destino, ou na estação ferroviária ou rodoviária ou aeronáutica, no cais ou no trapiche, ou na agência do transportador.

Se o vendedor expede o bem, em virtude da cláusula *eif* e não o segura, infringe o contrato, com o surgimento, para o comprador, da ação de indenização, ou da ação de resolução por adimplemento ruim.

O vendedor de mercadoria *cii* deve segurar contra todos os riscos o bem vendido, salvo se o comprador o dispensou expressamente, ou se é do uso do tráfico. Não se compreendem os riscos de guerra, salvo se houve cláusula em contrário, ou se já se está em guerra (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de outubro de 1919, *1?. dos T.,* 31, 438 s., e 44, 236).

„Convém que o seguro compreenda o *lucro esperado,* ou percentagem ou quantia determinada (cf. Código Comercial, art. 677, inciso 7). No

caso de sinistro, êsse lucro é do comprador.

Disse a 2~a Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, a 4 de outubro de 1935 *(R. dos T.,* 107, 508: ..... a cláusula *eif* impõe ao vendedor a obrigação de entregar a mercadoria a bordo, no pôrto de embarque. Logo, por conta dele correm tôdaã as despesas necessárias - para conseguir êsse embarque"). A entrega dos documentos implica tradição da posse dos bens (4~~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de junho de 1951, 193, 686).

Se o vendedor mantém em seu poder a apólice de seguro, para reclamar o seguro em caso de sinistro, obra como gestor de negócios do comprador se a apólice de seguro era para ser remetida. Dá-se o mesmo se faz o seguro em seu próprio nome, embora por conta do comprador (Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de março de 1895, G. *J.*

de São *Paulo,* VIII, 195 s.). Pode haver conveniência e, até, instruções do comprador para que assim proceda o vendedor. No Código Comercial, art. 676, diz-se que, mudando de proprietário o bem, se transfere o seguro, mesmo se não se deu a transferência da apólice, salvo se no contrato de seguro diferentemente se estabeleceu. Se não há tal cláusula, não há inconveniente em que da apólice somente conste o nome do vendedor. Aliás, pode-se não referir, sequer, o nome do terceiro por conta de quem se fêz o seguro (Supremo Tribunal de Justiça, 20 de março de 1889, *O D.,* 49, 252; Relação do Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1889, 51, 168 s.).

5.INDIVIDUAÇÃO DO BEM E O PÔR-SE À DISPOSIÇÃO DO COMPRADOR. Se o bem vendido é bem genérico, os riscos correm a cargo do vendedor. Falta a individuação. Têm-se por tomados bens específicos, com a consequência da transmissão dos riscos, os bens que forem assinalados por marcas e sinais distintivos, de modo que se individuem, se postos no momento, ou depois, à disposição do comprador. Pôr à disposição do comprador sem a individualização é pôr à disposição de alguém o que não pode ser objeto de disposição. Desde, porém, que o comprador encontra individuado o bem, ou êle o individua, tendo sido pôsto à sua disposição, o não retirá-lo ou o não cuidar dêle só ao comprador é imputável, porque a tradição se deu, mesmo se a individuação foi feita, como devera, *iii casu,* pelo vendedor. Se a individuação foi feita, como devera, pelo vendedor e êsse só pôs à disposição do comprador (ato réceptício!) o bem *depois,* a transmissão dos riscos só se opera nesse momento. Se o vendedor convidou o comprador à individuação, dizendo que estaria à sua

disposição, no momento, o bem,, e a individuação se faz como devera fazer-se (pelo vendedor, ou pelo comprador, ou pelos dois, conforme o contrato de compra-e-venda, a comunicação foi anterior, mas o bem tornou-se especifico e a transmissão dos riscos aconteceu.

Se o bem, conforme cláusula contratual, ou pelos usos do tráfico, tem de ser examinado pelo comprador, a transmissão dos riscos só se opera quando êsse se contenta, ou se ocorre mora do comprador.

Se o bem tem de ser pesado, contado, ou medido, pois, sem isso, não seria possível entregá-lo ao comprador, a r

transmissão dos riscos somente ocorre quando se der a pesagem, a contagem e a medição.

 Em todos os casos acima referidos, se o comprador recebe o bem sem repulsa, a transmissão dos riscos ocorre.

Outrossim, em qualquer caso de não se dar a operação por culpa do comprador.

Tal a interpretação do direito brasileiro, inclusive do art. 207 do Código Comercia]. Não há diferença entre o direito civil e o comercial.

Sempre que ao vendedor toca a individuação, não basta que de a faça para que os riscos se transmitam. £ de mister o pôr-se à disposição do comprador o bem, conforme cláusula do contrato ou os usos do tráfico, que aí são cláusula implícita.

A tradição é que determina a transmissão dos riscos. No sistema jurídico brasileiro, o pôr à disposição do comprador o bem vendido é *tradere,* se tal pôr à disposição podia operar-se e devia operar-se.

A questão de se saber se a individuação pode ser feita só pelo vendedor, ou só pelo comprador, ou com a cooperação dêles, é outra questão, que depende da interpretação do contrato de compra-e-venda. Na falta de cláusula explícita, implícita ou tácita, é ao vendedor que cabe fazer a individuação (Código Civil, art. 875).

Riscos são os perigos que corre o bem que se há de prestar; em conseqUência, a responsabilidade pela prestação ao outro contraente permanece. É um ponto, êsse, que merece tôda atenção. Se os riscos são do vendedor, tem êsse de prestar outro bem, que possa substituir o que êle ia prestar, ou o equivalente como indenização mais os danos que o inadimplemento causou. Se os riscos são do comprador, sofre

êle a perda ou a deterioração e continua de dever o preço.

Não é risco a depreciação, mesmo total, do valor venal.

Assaz ligada ao problema dos riscos é a *tradição.* Se com ela a propriedade foi transferida, os riscos são do proprietário. Se, em vez da tradição, houve *a cessão da pretensão à entrega,* dá-se o mesmo.

Se o bem é especifico, o problema é o de se saber se houve a tradição, ou a cessão da pretensão à entrega, ou *mora recipiendi* do comprador.

Se o bem é genérico, há o tempo entre a conclusão do contrato e a escolha e o tempo após a escolha, pôsto que possa êsse não corresponder ao da tradição e haver, assim, terceiro tempo. Os riscos, antes da escolha, da transformação do gênero em espécie, correm por conta do vendedor, seja de *genus jilimitatum* que se trate, seja de *genus limitatum.*

A individuação do bem, para que cesse a *genericidade,* é que determina a transferência da suportação dos riscos.

O art. 206 do Código Comercial tem de ser interpretado de acôrdo com a teoria da posse, que surgiu com o Código Civil. Lá se diz que, pôsto à disposição do comprador o bem vendido, são por conta dêsse todos os riscos e as despesas que se fizerem com a conservação. Os comentadores e tratadistas afirmavam que o comprador ficava obrigado a pagar o preço como se a tradição lhe tivesse sido feita, ainda que na guarda ou depósito do vendedor ou de terceiro ficasse o bem vendido. Tradição houve, porque se supôs o contrato de compra-e-venda e acôrdo no sentido de pôr-se o bem à disposição do comprador no lugar e tempo do acôrdo. O vendedor cumpriu o acôrdo de transmissão da posse, mesmo se o bem ficou sob a guarda ou depósito do vendedor ou de terceiro. No direito brasileiro, desde o Código Civil, abstraiu-se do *animus* e do *corpus.* Houve transmissão da posse própria, mesmo se possuidor imediato continuou de ser já agora possuidor impróprio o vendedor, ou se terceiro assumiu a posse imediata imprópria. *Res perit emptori* é, aí, *res perit domino.* Houve transmissão da posse própria e, pois, da propriedade, ou, se a compra-e-venda foi só de posse, a da posse vendida. Ainda desacertado TEIxnRÂ DE

FREITAS *(Consolidação das Leis Civis,* nota 30 ao art. 537), a quem faltava o que se revelou, na doutrina da posse, no fim do século XIX e comêço do século XX.

O art. 206 do Código Comercial recebe hoje explicação mais acorde com o seu próprio texto *(verbi.s* "põe a coisa vendida à disposição do comprador"). Não há incongruência em serem do comprador os riscos. O bem foi pôsto à sua disposição, porque êle o quis. Em vez de o vendedor praticar o ato e o comprador, depois, receber o bem, fácticamente, o comprador exprimiu a vontade de que fôsse pôsto à sua disposição e o vendedor o cumpriu. O

comprador pode querer que o bem vendido seja atirado ao mar, ou destruído. Houve acôrdo de de transmissão e o vendedor, ao lançar ao mar, ou ao destroçar o bem, ou queimá-lo, ou matá-lo, apenas adimple o que foi acordado.

Não há qualquer discordância entre o direito civil e o direito comercial brasileiros. Pôr à disposição é entregar, se quem receberia acordou nisso. O que falta é apenas o elemento fáctico, o *corpus,* por parte dG comprador, se êsse, após o ato do vendedor, se abstém de tomar a posse dita material (tença). Seja dito, de passagem, que o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de fevereiro de 1923 *(R. dos* 77., 46, 89>, foi cintilante, por ter visto no pôr-se à disposição tradição da posse. O que não é tradição é o pôr-se à disposição, unilateral-mente, isto é, sem vontade *anterior* do comprador, ou sem vontade *posterior* do comprador.

r

Certo, hoje, o .42 Grupo de Câmaras Civeis do Tribunal dê Justiça do Distrito Federal, a 30 de julho de 1958, relator Desembargador EURICO PORTELA *(D. da J.* de 15 de janeiro de 1959, 141), onda se diz o contrato estabeleceu que, faturada a mercadoria e pago o preço, ficaria a pedra extraida à disposição do comprador, quer no silo quer no terreno mencionado, o excedente. A tradição operou-se, portanto, por via. convencional ou consensual, tal a que se realiza pela simples declaração do vendedor, pondo a mercadoria à disposição do comprador e êsse a deixa ficar onde está, com faculdade de retirá-la quando entender". O vendedor não é mais, então, devedor, adimpliu (Câmaras Civeis Reunidas, 16 de janeiro de 1952, *R. dos* 77., 149, 270). Cf. 1~a Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, 6 de novembro de 1951 *(R. dos T.* da Bahia, 44, 398): "A mercadoria que se vende, para ser transportada por conta e risco do comprador, considera-se entregue pelo vendedor logo que efetuadas as operações peculiares ao ato de comércio"~. A *cláusula Cii* opera a tradição da mercadona com o ato de embarque (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de novembro de 1922, *R. dos 77.,* 46, 183;

2.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelaçáo de São Paulo, 3 de agôsto de 1944, 152, 158; erradamente, aferrando-se ao que escrevera J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, causador dos maiores erros a respeito, a □

6 a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de maio de 1949, *R. dos 77.,* 181, 722; Câmaras Civis Conjuntas, 30 de setembro de 1949, 183, 184). Cf. Tomos XXI, § 2.605, 3; XXIII, §

2.794, 1; XXVI, § 3.168, 33; XXIX, § 3.889, 8, especialmente.

6.INFRAÇÃO DO ATO DE PÔR À DISPOSIÇÃO. Se o vendedor põe à disposição do comprador o bem vendido, mas, buscando o comprador, o vendedor não lhe dá a posse, ou o comprador não a pode tomar porque a individuação do bem genérico ainda não se deu, nem lhe cabe fazer, há mora do vendedor e os riscos não se transmitiram. Ou o vendedor disse pôr à disposição do comprador o bem vendido, e em verdade não o pôs, ou pôs à disposição do comprador o que (ainda > não podia pôr à disposição. Aqui, no direito comercial, tem o comprador de interpelar judicialmente o vendedor (cf. Código Comercial, arts. 205 e 207, inciso 4).

7. VícIos DO OBJETO E RISCOS. O fato de ter vícios o bem de modo nenhum pré-exclui a responsabilidade do comprador pelos riscos do bem entregue, salvo se o vício foi a causa do perecimento, sem culpa do comprador.

Tratando-se de compra-e-venda de bens genéricos, a entrega supõe que vicio não haja (salvo se oculto) e pois que o comprador tenha recebido o bem oferecido.

8.REMESSA PURA E REMESSA QUALIFICADA. Quando, a pedido do comprador, o bem é enviado a algum lugar que não é o do adimplemento *(compra-e-venda de remessa qualificada),* a posse transfere-se, de regra, à entrega para a remessa (lugar do adimplemento). A *compra-e-venda de remessa simples* ou *pura* é a que se adimple pelo envio ao lugar de adimplemento *(e. g.,* compra-e-venda com entrega a domicílio).

A remessa pode ser até à porta, ou até o carro, ou até a casa do comprador. Diferente é a compra-e-venda no balcão, pois então, de regra, se pré-exclui a remessa.

Ao comprador só incumbem os riscos do transporte, se exigiu a remessa, a que o vendedor não se vinculara. Se, antes da chegada, há arresto ou seqUestro ou outra medida constritiva, em processo contra o vendedor, a êsse toca o risco. Não houve remessa pròpriamente dita, dentro do direito, Se a medida constritiva ou executiva nada tem com o vendedor *(e.* g., houve êrro do oficial de justiça, ou a apreensão foi por causa posterior ao ato inicial da remessa, como se a mercadoria entrou em zona considerada inimiga, ou se o comprador se fêz suspeito de contrabando, ou o percurso é de contrabando), o vendedor não acarreta com os riscos.

O risco passa ao comprador mesmo se êle é o transportador, ou se o inicia, desde que, *ez h~potkesi,* não o faz como função do vendedor.

9.COMPRA-E-VENDA SOB CONDIÇÃO SUSPENSIVA E RISCOS.

Em caso- de compra-e-venda sob condição suspensiva, se falha essa, não há cogitar-se de transferência de riscos, pois ainda faltava eficácia à compra-e-venda e já se sabe que não a tem, nem a poderá ter (é êrro, porém, dizer-se que tal compra-e-venda não existiu >.

Contra isso, W. KLuCKEoHN (Der tbergang der Gefahr beim bedingten Kauf un&beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, *.Jherings .Iah,rbiioher,* ~4, 117 s.), que entendia ser absurdo dar-se eficácia retroativa à condição e contradição intrínseca só se considerar eficaz a conclusão do contrato após o implemento da condição.

Ora, o vendedor responde por sua culpa enquanto pende a condição. Demais, o bem fôra entregue,

-a despeito de- se tratar de negócio jurídico sob condição suspensiva. Certos, CAJIL CROME *(System,* II, 419 s.), KoNRAI > COSACK *(Lehrbuch,* ~, 63 ed., 487, nota 7,1, B. MATTHIASS *(Leh,rbuch,* 5.~ ed., 291), F.

r

ENDEMÂ‟NN *(Lehrbuch,* 1, 947, nota 24) e outros.

Se o bem fôra entregue antes de se implir a condição suspensiva e essa ocorre, tem-se de entender que o risco já se transferira, ao tempo da entrega, ou da entrega e transmissão da propriedade.

Aqui surge problema delicado. Se se imple a condição suspensiva e o

bem mereceu antes do implemento, há ineficácia da compra-e-venda em sua totalidade e tem de ser restituído o preço, em virtude dos princípios do enriquecimento injustificado, se fôra pago. Assim, L. ENNECCERUS-H. LEHMANN *(Lehrbuch,* II, 31Y-35.~

ed., 353), PAUL OERTMANN *(Das Recht der Sohuldverhdltnisse,* 83-43 ed., 399), CARL CROME *(System,* II, 419), KONRAD COSACK *(Lehrbuoh,* 1, 487, nota 7); sem razão, A. DtYRINGER-M. HACHENBURG *(Das fslandelsgesetzbuch,* III, 87), W. KIUCKHOHN (Der tbergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, *Jherings Jahrbitcher,* 64, 117), W. RISCH *(Die Wirkung der nacktrãglidt eintretenden Unmõglichkeit der Erf"iUlung bei gegenseitigen Vertrãge,* 66). Se não houve a impossibilidade, mas só danificação, há eficácia e os riscos são do comprador (CARL CROME, *Svstem,* II, 420, nota 38; L.

ENNECCERUS i. LEHMANN, *Lehrbuch,* II, 353; sem razão, PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhdltnisse,* 400; H. DERNBURG, *Das RUrgerliche Recht,* II, 2, 8.8 ed., 33, nota 18; W.

I<LUCKHOHN, 117; KARL ADLER, Der tbergang der Gefahr beim Handelskauf, *Zeitschrift flir das gesamte Handelsrecht,* 72, 888).

O expedidor ou transportador, que apanha os bens no estabelecimento, casa ou terreno, sem ser empregado ou contratado do vendedor, é responsável como expedidor ou trans-podador, e não envolve a responsabilidade do vendedor, se os riscos não eram dêsse.

É preciso que o bem tenha sido enviado ao lugar que o comprador designou, para que se possa falar em transferência de riscos (sem razão, WILHELM BERNDORFF, *fie Cattungsschuld,* 82), salvo se êle deixou a escolha ao vendedor.

10.CONDIÇÃO RESOLUTIVA E RISCOS. Se a condição resolutiva não se imple, tudo se passa como se a compra-e-venda não fôsse condicional: o comprador suporta os riscos, desde que lhe foi entregue o bem comprado. Se a condição resolutiva ocorre, a compra-e-venda resolve-se mesmo se o bem pereceu ou foi danificado: o vendedor restitui o preço, pois é o comprador que suporta os riscos, quer se trate de perecimento quer de danificação (PAUL OERTMANN, *Das Recht der Schuldverh?Utsaisse,* 400; L. ENNECCERUS-II.

LEHMANN, *Lehrbuch,* II, 353; *1?.* ENDEMANN, *Lehrbuch,* 1, 947, nota 24; E. DERNBURG, *Das Biirgerliche Recht,* II, *2,* 38, nota 19; W. KLUCKHOHN, 138; sem razão: CARL CROME, *Svstem,* II, 420;

COSÂCE, *Lehrbuch,* 1, 487, nota 8; B. MATTHIASS, *Lehrbuch,* 291). A compra--e-venda sob condição resolutiva resolve-se quer a impossibilidade ocorra antes quer depois da entrega do bem ao comprador.

11.RESERVA DA PROPRIEDADE E RISCO. Se houve reserva da propriedade e foi entregue ao comprador o bem > a êle vão os riscos. Nem seria de admitir-se que o vendedor, que entregou o bem, suportasse os riscos.

12.HERANÇA E OUTROS PATRIMÔNIOS. Se o objeto da compra-e-venda é herança, ou outro patrimônio de que se adquiriram, por fôrça de lei, automâticamente, a propriedade e a posse, os riscos são do comprador desde a conclusão do contrato e do acôrdo de transmissão. É possível a ressalva.

13.ARREMATAÇÕES E ADJUDICAÇÕES. Nas arrematações, quaisquer que sejam, os riscos transferem-se com a atribuição da *posse própria,* que somente pode imediatamente ser após a assinatura do auto de arrematação ou de adjudicação. Não se deve pensar em distinções entre bens móveis e bens imóveis, a respeito dos riscos.

Dá-se o mesmo quanto aos *leilões* e às *vendas particulares de bens penhorados* (-Código de Processo Civil, arts.

972 e 973 >. Tão-pouco, o ad. 978 do Código de Processo Civil permite que, nos três dias em que o arrematante não pagou, se considere que não houve a transferência dos riscos. O desfazimento da arrematação, nas espécies do ad. 978 e §§ 1.0, 2.0 e 3.~, é por fôrça de lei, e sem eficácia de condição implida, de modo que a responsabilidade permanece até que outrem se substitua ao arrematante.

Parte IV. Adimplemento pelo vendedor e pelo comprador

ADIMPLEMENTO PELO VENDEDOR

~4.323. Prestação do bem vendido

1.CUMPRIMENTO DOS DEVERES CONTRATUAIS. O vendedor adimple com a prestação do bem e com o cumprimento de tudo que]he cabia fazer e não fazer.

Se vendidas foram a propriedade e a posse, tem o vendedor de prestar a propriedade e de prestar a posse. Se apenas vendeu a propriedade, é isso o que lhe incumbe prestar. Basta-lhe prestar a posse se foi só isso o que vendeu.

Nas compras-e-vendas em que a prestação do vendedor é imediatamente após a conclusão do contrato de compra-e-venda, a promessa durou tão pouco tempo que se tem a ilusão de não ter havido promessa e, pois, não ter havido dívida. Conceptualmente, a promessa e a dívida são ineliminá veis.

2.PRESTAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. Se o vendedor tem de prestar propriedade, ou porque haja prometido propriedade e possé, ou só propriedade, o adimplemento só se consuma se o comprador ou o terceiro a quem se deveria transmitir a propriedade se torna proprietário do bem vendido, em virtude de ato ou atos do vendedor. Dai a importância das regras jurídicas que regem a transmissão do direito de pro-priedade, conforme o objeto dêsse direito e os pressupostos subjetivos.

3.PRESTAÇÃO DA POSSE DO BEM VENDIDO. A posse que se transfere é a posse que se faz necessária à transmissão da propriedade, salvo se o que se vendeu foi só a posse tal como existe. Se não se prometeu a posse, e sim apenas a propriedade sem posse, então o vendedor terá de levar a bom têrmo tudo que é de mister a essa transmissão. E. g.: o registo do imóvel ou os dados suficientes à obtenção do registo do imóvel; a cessão da pretensão reivindicatória, ou da pretensão vindicatória da posse; a prova suficiente da propriedade do bem móvel.

Quem vende propriedade e posse e ainda está na situação de possuidor impróprio ou próprio mas a tempo (*e. g.,* fiduciário, antes da extinção do fideicomisso), não adimple a obrigaçao com a entrega dos documentos quanto à propriedade e à tradição da posse imprópria

ou da posse própria temporária.

Se o comprador já é possuidor impróprio imediato, pode dar-se que o vendedor lhe transfira a posse própria por algum dos meios legais.

A transmissão da posse pode ser pela tradição simples, pelo constítuto possessório, pela tradição *brevi nutriu,* pela tradição *longa mariu,* ou por fôrça de sentença ou de lei, ou pela cessão da pretensão à entrega. O que importa é que a entrega se opere, satisfatôriamento.

Pode acontecer que terceiro entregue a posse, em lugar do vendedor. Trata-se, aí, de adimplemento por terceiro, sem que se apague quanto concerne ao vendedor. O que se passou entre o vendedor e o terceiro não interessa ao comprador se a entrega foi satisfatória e sem qualquer ensancha para ataque pelo terceiro, ou por outrem, ou pelo próprio vendedor.

Cumpre observar que, no sistema jurídico brasileiro, se abstraiu do *animus* e do *corpus,* de modo que não há ensejo para algumas dúvidas que se levantam noutros sistemas, a propósito da transferência da posse, como adimplemento pelo vendedor.

Outrossim, a compra-e-venda pode - só se referir à posse (a qualquer espécie de posse), tendo-se, então, como bem corpóreo o que apenas seria *poder fáctico.*

Se o vendedor não é o possuidor do bem, cuja posse prometeu (propriedade e posse, ou somente posse), tem de envidar todo esfôrço para *conseguir* ou *recuperar* a posse. Só assim poderá cumprir a sua dívida. Talvez tenha de adquirir a seu custo, ou propor ação possessória, ou ação de reintegração de posse, ou outra ação, inclusive a de reivindicação, ou a de vindicação da posse. Do contrato há de constar, implícita ou explicitamente, qual a posse que se prometera. Por exemplo:

se o bem imóvel estava locado e nada se disse sôbre isso, a posse que se há de prestar é a posse plena, e não só a posse própria mediata. Para que se entendesse que se vendera o prédio com a incidência de direitos do locatário, seria de mister que no contrato de compra-e-venda se houvesse cogitado de prédio alugado (por tempo determinado ou por tempo indeterminado). Se o vendedor só faz tradição da posse mediata, houve *adimpiemento ruim.*

A tradição, qualquer que seja, e a cessão da pretensão à entrega supõem atividade do vendedor (ou de alguém por êle, o que necessariamente o substitui) e atividade do comprador. Tem-se falado

em casos em que a tradição é ato exclusivo do vendedor, como se o vendedor abre a porteira da fazenda do comprador e faz entrar o touro que r

vendera; mas, ainda ai, se supoe, ou é de supor-se, que o comprador anuiu em que a entrega assim se fizesse. Em todos êsses casos, que a alguns sistemas jurídicos parecem embaraçosos, a teoria da posse, tal como a edificou, acima de qualquer outra, o Código Civil brasileiro, dá soluções claras e precisas. Sôbre isso, Tomo X.

Se a dívida é de se vir buscar, ou se é de se ir levar, apenas há a diferença resultante dos têrmos do contrato de compra-e-venda.

No sistema jurídico brasileiro, em que se precisou abstrair-se do *aizimus* e do *corpus,* tradições como a tradição

-pela entrega das chaves do edifício ou do apartamento, ou pela autorização para receber os alugueres como adquirente, o que importa transferência da posse própria mediata, são de igual natureza e eficácia.

Se o vendedor prometeu a transferência da propriedade e da posse do prédio alugado, ou êle entrega apenas a posse própria mediata, ou, se o locatário, ao tempo do adimplemento pelo vendedor, já saiu do prédio, a posse plena. Pode dar-se que o prédio tenha sido alugado e subalugado, havendo as três posses (a do dono, posse própria mediata; a do locatário, posse imprópria mediata; a do sublocatário, posse imprópria imediata). Então, a renúncia pelo locatário, sem ser seguida da renúncia pelo sublocatário, suscita a eliminação da posse imprópria mediata, só se tendo de prestar a posse própria mediata.

À entrega das chaves exige-se que seja *eficiente,* isto é, que, com elas, se entre no prédio e se possa exercer todo o poder fáctico. Dá-se o mesmo se se entrega a chave da garagem, ou do portão, para que se apanhe o automóvel que se vendeu. Qualquer ato que signifique tradição somente basta se, na verdade, há tradição. A entrega da chave a E e a entrega da chave a C, tendo B sido o comprador, somente perfaz tradição se C não retirou, antes, o automóvel. O caso mais relevante, por expressivo, é o da entrega da chave se alguém servidor da posse do vendedor, ou estranho, ou mesmo locatário do automóvel altera a fechadura. Se a casa ou a garagem pertence ao vendedor, as circunstâncias podem permitir que o comprador, portador da chave (ou das chaves), mande abrir a porta, ou o portão, pois que se há entender com poder de corrigir o que outrem fêz quem recebeu a chave ou as chaves para o fim da retirada.

Em sistemas jurídicos em que não se abstrai do *corpus,* os juristas persistem em distinguir da *tradição* os *meios para-a. tomada da posse.* Para êles, atribuir a alguém poder de tomar posse não é o mesmo que transmiti-la.

Quem recebeu os meios suficientes para assumir a posse já é possuidor. Não se precisa de outro ato. Se alguém cerceava a posse do vendedor, não tinha êsse a posse que prometera e não atribuira ao comprador os meios suficientes. Se ninguém a cerceava, a posse foi transferida. Quem a tinha a transferiu. Quem a recebeu, recebeu-a independente do *corpus.*

A propósito dos títulos representativos, não se pode dizer que se trate de *meios para se adquirir posse* (= tomar posse). O titulo representa; de modo que a posse dêle já é a posse daquilo que êle representa. Não há a figura do meio, a que corresponda algum fim. Se o título não representa, só habilita a exigir-se o pagamento, no lugar e ao tempo em que se apresenta o documento, o título. Aliás, a habilitação por documentos ou por títulos resulta de pacto inserto no contrato de compra-e-venda. Se assim não foi estabelecido, a recepção-de documentos não libera, só por si, o vendedor, que fica adstrito à tradição (ci, a propósito do art. 1.527 do Código Civil italiano, O. VALER!, *Manuali di Diritto Commerciale,* II, 126). Em todo o caso, mesmo se não se trata de título representativo, tem-se de investigar se o vendedor *tem a posse* e, pela simples entrega dos documentos, a pode transferir, sem que aí se identifique de modo absoluto a tradição com o início da verificabilidade dos vícios redibitórios.

4. POSSE DE BENS IMÓvEIS. No tocante a bens imóveis, a posse não é indispensável para a transferência da propriedade, mas o vendedor, que prometeu tal transferência, entende-se vinculado a transferir a posse.

Quando, em alguns sistemas jurídicos, juristas explicam que os atos de posse do bem imóvel, notadamente dos prédios, são mais atos do comprador do que do vendedor, são vítimas da inferioridade das teorias da posse que existem em tais sistemas jurídicos. De modo nenhum o vendedor "apenas deixa que o comprador tome posse".

Quando o vendedor diz que "transmite a propriedade e a posse", o seu ato foi igual ao de qualquer vendedor de bem móvel que tirasse da prateleira, ou do bôlso, o objeto e o entregasse ao comprador, ou o pusesse sôbre a mesa para que o comprador o levasse. A respeito, cumpre que nos lembre a L. 18, § 1, D., *de adquirenda vel amittend,a*

possessixnze, 41, 2, onde se lê (CELSO) “Si furioso, quem suse mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, sem tradideris, licet ilIe non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult dimittere, quia existimat se transferre”. Quando entregaste coisa a furioso, que se pensava estar de perfeito juízo, porque, na aparência, se achava em lúcida quietitude, deixaste de possuir embora não tinha Ale adquirido a posse. Porque basta dimitir a posse, pôsto que não a transfiras. É ridículo dizer-se que ninguém a quer dimitir r

salvo se a transfere: antes quer dela dimitir-se porque pensa que a transfere.

5.REGISTO E PROPRIEDADE. Desde o momento em que se conclui o acôrdo de transmissão, ou em que se perfazem os acôrdos de transmissão, em se tratando de imóveis, ou de móveis cuja transferência da propriedade e da posse, ou somente daquela, dependa de registo, o que se há de entender é que ao comprador fica a prática de quaisquer atos necessários a isso. Só a *lez specialis,* fazendo do ato do alienante elemento necessário ao protocolo do requerimento, pode alterar os princípios.

6. ABSTRAÇÃO DO “ANIMUS” E DO “CORPOS”. Se o comprador já tinha a posse imediata, ou alguma posse mediata não-própria, o que tem de receber é apenas a posse própria (tradição *brevi manu).* É grave êrro, freqúente nos sistemas jurídicos que, em matéria de posse, não se acham à altura do direito alemão, do brasileiro e do suíço, explicar-se a tradição *brevi manu* como se fôra atribuição de *animus* a quem já tinha o *corpus.* No sistema jurídico brasileiro, abstraiu-se do *eorpus* como do *aninmts.*

Se o vendedor acorda em alienar a propriedade e a posse, mas fica com a posse do bem a título de possuidor impróprio *(e. g.,* usufrutuário, usuário, credor pignoraticio, locatário), há o *constituto possessório.* Também aqui ocorre que juristas de outros países falam de transmissão da posse sem o *cor-* pus (!), ou de transmissão somente da posse mediata. Dois exemplos mostram que nada disso é essencial: o vendedor poqe fazer-se locatário, ou continuar locatário, sendo terceira pessoa sublocatário, e, ao vender o bem e acordar nas transferências, apenas transferir a posse mediata, intercalando-se como possuidor impróprio mediato; o vendedor pode ter adquirido os direitos de locatário e ser sublocatário o próprio adquirente da

propriedade e da posse do bem.

É preciso que se não confunda com a eficácia dos acôrdos de transmissão a eficácia do contrato de compra-e-venda, que é consensual. Não se deve e não se pode dizer que, com o contrato de compra-e-venda, logo se transferem a propriedade e a posse. Para a confusão muito concorreu o art. 1.125 do revogado Código Civil italiano e concorre o art. 1.876 do nôvo Código Civil italiano. Primeiramente, não se há de supor constituto possessório onde não se aludiu, sequer, a algum direito, persistente ou ora criado, do vendedor, a que haja de corresponder posse. Depois, seria generalização desabusada ter-se o vendedor, que ainda não entregou a posse, por faltar o acôrdo de transmissão, com-o servidor da posse, ou como possuidor-mandatário, ou semelhante.

O que importa é indagar-se se o vendedor já transferiu, ou se ainda não transferiu, isto é, se foi simultâneo ou se já sobreveio o acôrdo de transmissão da posse. Aliás, pode dar-se que somente haja transferido a posse, por não ser, ou por ainda não ser proprietário, ou por ainda não poder transferir a propriedade.

Se o vendedor transferiu a posse, sem que lhe ficasse qualquer situação possessória imprópria (= sem ser, por exemplo, usufrutuário, locatário ou procurador), mas exerce poder fáctico sôbre o bem, como se, em vez de entregar o bem ao transportador, o reteve, então o vendedor apenas é detentor ou tenedor. -Cabe-lhe a tença, com dever de custódia, e não a posse. A favor de tal pessoa não corre prazo para usucapião, nem se produz qualquer direito oriundo de boa fé.

No sistema jurídico brasileiro, a posse transmite-se mesmo nos casos em que não se dê a entrega do *corpus* e naqueles em que, tendo havido o acôrdo, ao vendedor faltou o *animas* para a transferência. Ésses conceitos, que perturbam a exposição dos outros sistemas jurídicos, de modo nenhum podem toldar a doutrina do sistema jurídico brasileiro.

Tratando-se de coisa certa, *corpus certum,* o acôrdo de transmissão da posse é sem dificuldades, quer se tenha de prestar imediatamente à conclusão do contrato de compra-e-venda, quer depois (aqui é de relevância a data, de jeito que se pode acordar em que a posse se transfira desde o dia tal, a tantas horas).

Ao vendedor incumbe pagar o impôsto de lucro imobiliário, o que é óbvio (1.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2 de setembro de 1953, *A. J.,* 110, 223).

Discutia-se se podiam os Estados dizer a quem toca o pagamento do impôsto de transmissão (sisa), ou se violaria a Constituição de 1946, ou alguma anterior, tal regra jurídica local. A 2.~ -Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de março de 1942, respondeu negativamente quanto à violação (1?. *dos T.,* 189, 222). -

Na compra-e-venda de veículos, os requisitos são os do direito privado, sem dependência do registo. Nenhuma regra jurídica existe, no direito brasileiro, que diga só se transferir a propriedade dos veículos após o ato de registo na polícia ou outro semelhante <2.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1951, .1?.

dos tV., 193, 900).

r

7. CoMPRA~E~vENDA dOM INDICAÇÕES POSTERIORES. Se o comprador se reserva dar, posteriormente à compra-e-venda, as indicações de tamanho, forma, pêso, côr ou outras relações, é êle devedor de tal informe, sem o qual o vendedor não pode cumprir o que prometeu. Chamou-se a isso, não sem certa impropriedade, *Specifikatioflskaflf,* compra-e-venda com especificação, ou, melhor, *comrra~e~venda com indicações posteriores.* Preocupou-Se com ela, em 1877, R. RÓMER *(Abhcvndh4flgefl aus dem rõmischc"n Rechts,* 132-148). Depois, a ciência do direito prestou-lhe mais atenção. O Código Comercial alemão, § 375, na revisão, cogitou dela, pondo em relêvo o dever de indicação (= o dever de especificar).

Se as qualidades importam diferentes preços, a figura jurídica complica-se. Tem de haver escala de preços.

As distinções fundadas no tamanho, na côr ou noutras qualidades, se o preço não varia, são sem alcance prático (cf PAUL OERTMANN, Der Kauf "mit Spezifikation, *Arehiv «ir die eivili,stische Prazis,* 85, 215; PAUL

HIRSCH, *Zur Revision der Lehre vom GUtubigerVerZUV,* 162).

As determinações podem ser de dimensões, de côr, de -forma, de péso, de tempo *(e. g.,* a data do vinho ou a idade do cavalo).

Discute-se se entra no conceito a determinação do lugar da entrega ou do tempo da entrega. Afirmativamente, K.

LEHMANN-RING, *Kommentar zuni Handelsgt3getzbuch,* nota 2 ao § 375; 2~a ed., nota 5 ao § 875).

Negativamente, á jurisprudência alemã e HANS WÚRDINGER, *Kornmenttlr zum HaM«L8-gesetzbuch,* IV, 395). -

Se o comprador se reservou escolher a máquina a ou a máquina b, há dúvida alternativa, e não dever de especificar.

Quanto à natureza da cláusula também não houve uniformidade de opinião. KoNRAD COSACIC *(LehrbUCh des Mandeisrechts,* □

5 a ed., 211) considera cláusula em contrato de compra-e-venda de bem genérico, com escolha pelo comprador, sem qualquer condicionalidade. Contra isso (WILUELM BERNDORFF, *Di.e Gattungssúhadd, 99)* objetando que não se pode conceber escolha de bem individual se a compra-e-venda é de bem genérico. Mas verdade é que a "especificação", a determinação deixada ao comprador, em virtude da cláusula, de modo nenhum se opera quanto a espécie, pois se o comprador escolhe um dos espécimes da forma tal, ou do tamanho tal, ou da côr tal, em vez de qualquer outro de outra forma, ou de outro tamanho, ou de outra côr, a compra-e-venda é de bem genérico. Como KONRAD COSACK, também CARL CROME (Systent, 11, 44).

Para PAUL HIRSCH *(Zur Eevision der Lehre vom GUtubigerverzug,* 161), na compra-e-venda com determinação pelo comprador, só há compra-e-venda com dever alternativo de prestação. PAUL OERTMANN

(Der Rauf "mit Spezifikation", *Archiv «ir die civilistische Praxis,* 85, 215) afirma que aí não há pensar-se em alternativa, porque não se cogita de *species,* mas apenas de *qualidade.* Seria a sua opinião a de KONRAD

COSACK e de CABIa CROME.

(No fundo, havia certa confusão entre a escolha nos casos do art. 875 do Código Civil e a escolha nos casos do art.

884, se cabe ao credor.)

A despeito de melhores possibilidades de discussão sob o nOvo § 375 do Código Comercial alemão (E. STAUB, *ICommentar zum Handel~qesetzbuc3h,* 1311), as discordâncias continuaram. Uma das opiniões a do

~eichsoberland5gericht ia a ponto de considerar existentes tantos

contratos de compra-

-e-venda quanto as mercadorias escolhiveis, se havia variação de preço. Ora, escolher entre máquinas de escrever não é escolher máquina de escrever ou gravador. A compra-e-venda de que aqui tratamos supóe o *gentis.*

A especificação pode ser *antes* do prazo, como se, no contrato, se diz que o comprador especificará no mês de abril e êle, no inês de janeiro, fevereiro ou março remete ao vendedor a sua especificação.

O comprador que não dá, a tempo, a determinação ou as determinações, impede que o vendedor preste, faz impossível a entrega. Não deixou de receber; antes da tradição, obstou a ela. Há cláusula de que lhe advinha dever de fazer: especificar. Estava obrigado a isso. Há infração de dever, e não de receber.

A declaração especificativa é manifestação de vontade receptícia, sem que seja exigida forma especial. Pode ser prestada em processo, pelo procurador judicial do comprador (que tem implícito podêres para isso, HANS

WURDINGER, *Komrnefltir zuni Handersgesetzbuch,* ~v, 23 ed., 895).

A mora do comprador, na compra-e-venda com especificação ou compra-e-venda com determinações posteriores seria, para II. STAUB *(Kommentar zum Mandeis gesetzbuch,* 1312) mora de receber. Mas com infração de dever.

~Haveria, na omissão do comprador quanto a especificar, mora de devedor? Sim. O comprador tem pretensão a que se lhe dê o bem que comprou. Mas o vendedor não pode prestar sem que o comprador especifique, classifique, o bem que êle comprou; portanto, que se preste, da sua parte, essa "especificação", composta de manifestação integrativa de vontade. Se êle deixa de informar a tempo, se êle é omisso no tocante a êsse dever, a r

sua mora é de devedor, e não de credor. Não se recusou a receber. Deixou de prestar o que prometera. Sem o adimpiemento, por êle, dêsse dever, o credor não pode adimplir o seu. Para que venha a existir mora de devedor, por parte do vendedor, é preciso que o credor na espécie, o comprador haja adimplido o seu *dever de especifica çdo.* Por isso mesmo, não se pode dizer que o dever de especificação, que tem o comprador, na compra-e-venda com especificação, seja *dever acessório.* Trata-se, em verdade, de dever principal, o que está, hoje, bem assente em doutrina (HANS WÚRDíNGER, *Kommentar zuni*

Handelsgesetzbueh, ~v, 23 ed., 394).

Assim, há tôda a claridade a respeito da figura jurídica.

(Não se confunda o problema, que; aqui, é assaz preciso, da infração do dever de especificar, com o problema, mais largo, a que O. FISCHER-W. HENLE, *Riirgerliches Gesetzbuch.* 220, H. DERNBURO, *Pandekten,* ~j, qa ed., 119 s., II. STAUB, *Kommentar zum Handelsqesetzbuch,* 1312 s., H. SIBER, *Der Recktzwang im Schvldverhãltniss, 47,* CARL CROME, *Systein,* II, 424, e FRITz PAFUR, *Der Letstungsverzug,* 26, quiseram dar solução geral: recusa culposa importa mora de devedor. No ponto que estamos a mostrar, há *dever.)* Pergunta-se: se o comprador infringiu o dever de determinar, de especificar, ,~pode alegar, em defesa, que o seu ato não adiantaria, a) por estar impossibilitada a prestação, ou *b)* porque o vendedor declarara não o querer?

Quanto a resposta há de ser positiva. Quanto a *b),* também. E aqui tem razão, na esteira de II. STAUB

(Korn-mentar zuni Mandeisgesetzbuch, 1260, nota. 12), CARL DORMITzER *(Der Spezifilcationskauf,* 22). Mas havemos de pensar em impossibilidade permanente, e não ocasional (cp. H. NEUMANN, *Handaus gabe des biirge-rlickes Gesetzbuch,* 1, 245). Contra, PAUL OERTMANN (Der Kauf "mit Spezifikation", *Archiv flir die civiisti.sche Praxis,* 85, 227) e FRITZ MOMMER *<Der Verzug des Kdufers beim Spezifikationskaru-f,* 21 s.).

Se é preciso algum tempo, após a informação especificativa, para que o vendedor possa ficar apto a prestar, devido preparos necessários do bem, o comprador tem de atender a êsses fatos. Em todo o caso, o dever do comprador não é infringido se o Vendedor explicitamente declara que não quer prestar, ou que não pode prestar, como se êle propõe ação declaratória da inexistência do seu dever de prestar, ou ação de nulidade ou de anulabilidade do contrato. O dever de prestar, que tem o vendedor, depende do adímplemento do dever de especificação, que tem o comprador, porém depende também da prestabilidade por parte do vendedor. Se, mesmo com a especificação, o vendedor não poderia prestar, não se pode cogitar de mora do comprador.

Se não se determinou prazo para a especificação e as circunstâncias não o fixam, é de mister a interpelação ou a fixação do prazo pelo juiz.

Se o comprador incorre em mora do dever de especificar e o vendedor está pronto a prestar, há também *mora creditoris.*

Em direito coniercial, mesmo se há prazo para a especificação, é de mister a intetpelação judicial de que fala o ad.

188 do Código Comercial, para que a mora tenha *efeitos* <HANS Wt1RDINOER, *Kommentar mim Handelsgesetzbuch,* II, 2.~ ed., 395). Se o comprador declara que não quer especificar, sem com isso transferir ao vendedor livre escolha do que há de prestar, é desnecessária a interpelação judicial.

Sempre que há prazo para a entrega do bem pelo vendedor, dentro dêle e a tempo da preparação para o adimplemento, há de ser feita a comunicação de vontade.

Em caso de recusa do comprador em comunicar a especificação, não se há de entender, sem declaração que tal importe, que se deu ao vendedor prestar o que seria provável que o comprador quisesse, ou o que o vendedor tem por mais próprio aos fins do comprador.

A especificação parcial (deficiente> não permite que se dê por adimplido o dever do comprador, salvo se êle mesmo declarou satisfazer-se com a prestação, no restante, a líbito do vendedor (ai, não houve deficiência).

Devido à sua pretensão à especificação, tem o vendedor *direito de retenção* (HANS WÍYRDINGER, *Kommentar zuni Handelsgesetzbuclt,* Jv, 2Y ed., 895).

Discutiu-se se o vendedor tem direito a que o comprador especifique. Direito, êle o tem, como o comprador tem o dever. O que se há de perguntar é se êle tem ação para que o comprador cumpra êsse dever. A *ação cominatória* evidentemente a tem. A *ação declaratória* pouco lhe adiantava, salvo, trânsita em julgado a sentença, quanto ao preceito. A ação de indenização e de resolução são as mais eficientes. 0 vendedor tem de escolher. -

Se há mora (eficaz) do comprador em especificar, nasceram ao vendedor as duas ações, que êle escolhe: ou a de indenização por inadimplemento do dever de especificar, ou a de resolução do contrato de compra-e-venda (SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT, *Handelsgesetzbuch,* ~ 8□~ ed., 1708). O vendedor tem a ação de indenização por especificação tardia. Se, com a mora do comprador, se retardou a entrega e, com isso, o pagamento, o vendedor há de ser indenizado.

No direito brasileiro, ao vendedôr não, nasce o direito de especificar se o comprador não especifica. *Áliter,* no Código Comercial alemão, § 375, 2Y alínea, a parte: “Wird eine

8~

-soiche (Bestimmung) innerhalb der Frist von

r

dem Ráufer nicht vorgenornmen, 50 ist die von dem Verkãufer getroffene Bestimmung massgebend”. Para que, no direito brasileiro, o direito de especificar passe ao vendedor, é preciso que a atitude do comprador tenha sido de renúncia a que pretenda especificar. Mesmo *de jure condendo,* essa solução é preferível.

Se o Contrato é *contrato a prestações sucessivas,* após cada falta do comprador a respeito da especificação tem o vendedor a ação de indenização e a de resolução, à sua escolha. A não- -especificação pode dar ensejo a pedido de interêsse. Positivo (HANs WÚRDINGER, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch,* IV, 2.~ ed., 399). -

§ 4.824. Lugar e tempo do adimplemento

1.PRINCÍPIOS SÔBRE O LUGAR E O TEMPO DO ADIMPLEMENTO. Os princípios sôbre o *lugar* e o *tempo* em que se há de adimplir são os mesmos de que tratamos a propósito de tôdas as dividas, na Parte Geral das Obrigações (Tomo XXIV). Se nada se disse sôbre o lugar, tem-se de atender a que o lugar em que se acha o bem no momento da conclusão do contrato de compra-e-venda é aquêle em que se há de prestar, se o comprador sabia que estava ou que estaria alhures e se as circunstâncias não levam a entender-se diversamente. Se o bem é genérico, ou se é coisa certa, que se haja de apanhar na sede da emprêsa, ou no armazém, ou em algum dos armazéns, aí é que se há de entregar. O lugar em que se tem de adimplir pode ser determinado pelas circunstâncias ou pela natureza da prestação.

Se nem o texto do contrato de compra-e-venda dá ao vendedor o dever de expedição do bem, ou dos bens, inclusive o de fazer chegar ao lugar do domicílio do comprador, ou a outro lugar, nem as circunstâncias impõem que se interprete existir cláusula implícita, o comprador tem de ir buscar o bem, ou os bens, que comprou. Assim, cláusula explícita ou implícita pode estabelecer o dever de transportar,

de expedir, ou, o que é menos frequente, de prover às próprias despesas do transporte para fora da unidade política, ou da cidade, ou da vila, ou do Estado, onde haja o comprador de receber o que se lhe deve.

2. ASSUNÇÃO DO DEVER DE EXPEDIÇÃO. Cláusula explícita ou implícita ou tácita também pode. assentar que o vendedor tem de *segurar* o transporte.

Por vêzes, o dever de expedição ou o de expedição e de seguro não se irradia do contrato de compra-e-venda, mas sim de outro negócio jurídico, em virtude do qual o vendedor assumiu o dever de que se cogita (mandato, locação de serviços ou de obra), o que afasta que se trate de execução de dever do vendedor, sem que se pré-elimine poder haver infração dos dois negócios jurídicos. Na maioria dos casos, há modificação do contrato de compra-e-venda; nos outros, tem-se como trans mitida a propriedade e a posse (executado o contrato de compra-e-venda) e atribuida a posse imediata ou o simples serviço da posse ao vendedor adimplente.

Quanto à expedição de uma praça para outra, o vendedor,, se não se dispôs diversamente, ou se os usos diversamente não estabelecem, libera-se com a simples expedição, ou com a entrega ao expedidor, se indicado pelo comprador. A transmissão da posse exerce, aí, papel de grande relêvo. É preciso que se-tenha dado tal transmissão para que se possa pensar em liberação do vendedor. Raramente o expedidor representa o comprador.

O vendedor, que não transferiu a posse, continua com os riscos. A possibilidade de contra-ordem, por parte do vendedor, também depende de êle não ter transferido a posse. (Aqui, é preciso ter-se todo o cuidado com as remissões ao direito estrangeiro, principalmente no tocante ao Código Civil italiano, arts. 1.378 e 1.685, a respeito dos quais foi artificial a explicação de RUOGERO LUZZATTO, *La Com pravendita,* 309 s. cf. *La Compravendita secondo ii nuovo codice,* 1946, 361 s.)

3. TEMPO DO ADIMPLEMENTO. O tempo em que o vendedor tem de adimplir é aquêle em que se conclui o contrato de compra-e-venda se se aludiu à entrega *simultânea* ou à en trega *imediata,* ou aquêle em que se fixou a *data da entrega* ou o *término* para o prazo de entrega. Aqui, a cláusula também pode ser explícita ou implícita, inclusive resultar de usos ou das circunstâncias. O prazo implícito pode ser

impreciso, “razoável”, “oportuno”,

“logo que possível”, “mais ou menos no dia tal”. Se nada se determinou, explícita ou implicitamente, o comprador pode exigir imediatamente.

Os princípios sôbre a mora são os comuns.

4. CONTRATO DE COMPRA-E-VENDA E CONTRATO DE FORNECIMENTO. O contrato de fornecimento pode ser sem a determinação prévia do que se há de fornecer, ou de quanto se há de fornecer. Tem-se de considerar devido o que, no momento do contrato de fornecimento, seja necessário, em qualidade e em quantidade, ao outorgado, salvo cláusula explícita, ou se éde interpretar-se que se deixou margem a posteriores r

necessidades, a que o fornecedor haja de satisfazer.

Cumpre que se não exagerem as particularidades dos contratos de fornecimento, mesmo se não há determinações prévias que fâcilmente se apontam. A compra-e-venda em entregas parciais, ou por partes, ou por porções, e o contrato de fornecimento não são figuras jurídicas que tenham de ser consideradas típicas, mesmo se se permite ao outorgado afastar entregas futuras. Num e noutro contrato, se nada se estabeleceu quanto ao pagamento do preço, o que se há de afirmar é que o pagamento tem de ser a cada entrega, ou a cada atribuição de propriedade e de posse. A utilidade da distinção entre *contrato de compra-e-venda a entregas repartidas* e *contrato de fornecimento* consiste em precisão de objeto, que há ali e não aqui; mas, certamente, isso não justifica que se extreme do contrato da compra-e-venda o contrato de fornecimento de bens com transmissão da propriedade e da posse. Se o que se fornece é bem cuja propriedade e cuja posse se transferem, há contrato de compra-e-venda. Se o que se fornece é serviço, muda a figura.

A compra-e-venda de bem genérico tanto pode ser de bens fungíveis como de bens infungíveis (um armário que sirva para o escritório de A). Também os bens fungíveis podem ser objeto de compra-e-venda se bem específico (a caixa de vinho que está à entrada da adega, as mangas que estão na vitrina). Em se tratando de *contrato de fornecimento,* com prestações sucessivas, periódicas ou não, há contrato de compra-e-venda de bem genérico, concernente a mercadorias que se hão de prestar espaçadamente, a prazo determinado, ou a ser posteriormente determinado. Os próprios

momentos das prestações sucessivas podem ser determinados, ou deixados a posterior determinação. O preço pode ser determinado, em quantia certa, ou conforme tabela, ou conforme algum critério.

O contrato de compra-e-venda é um só, de jeito que, se há atraso em pagamentos, pode ser oposta a exceção *nou adimpleti contractus.* -Em caso de mora do devedor, quanto a algum fornecimento, ou incide o ad. 960 do Código Civil, ou é preciso que se dê a interpelação. Há a purga da mora. É possível que a violação de uma das obrigações importe violação de tôdas.

5. FRUTOS DO BEM VENDIDO. Quanto aos *frutos,* naturais ou civis, o que importa é saber-se se a compra-e-venda do bem individualmente determinado (coisa certa) foi para a transferência simultânea ou imediata da propriedade e da posse, ou se foi para entrega posterior, a termo ou sob condição. Se o bem tinha de ser entregue, ou se foi entregue, embora permanecesse como possuidor imediato ou como servidor da posse o vendedor, os frutos pertencem ao comprador. Não se pode, aí, distinguir dos frutos pendentes os frutos separados.

Para que tal distinção pudesse influir, seria preciso que tivesse havido cláusula explícita ou implícita. Os usos podem derrogar os princípios, mas o ônus de alegar e de provar incumbe ao vendedor.

Se o vendedor fêz despesas para o tratamento, ou para a colheita, o contrato é que dá a solução. Aqui, tem se de apurar, primeiro, se está em mora de receber, ou não, o comprador; depois, se está em mora de entregar o vendedor, ou se não está. Não havendo qualquer mora, o vendedor tem de prestar no lugar e tempo devidos: se não entregou a posse própria, mas vendeu com os frutos, é de entender-se que tem de prestar como seria de esperar-se, a seu cargo os cuidados de trato e de colheita. Tudo isso estava previsto na determinação do preço.

Se a compra-e-venda foi concluída com *reserva de propriedade* a favor do vendedor, também não há resposta a m *inor* à questão. A reserva pode ser somente da propriedade, com a entrega sem outras restrições (e. *g.,* reserva da propriedade apenas como cautela). Se a reserva foi da propriedade e ao vendedor ainda se conserva a posse, o que se compõe é a figura da compra-e-venda a prazo, para o preço e para a tradição, cabendo ao vendedor os frutos..

6. TÍTULOS E DOCUMENTOS. - O vendedor tem de entregar ao comprador os títulos e documentos referentes à propriedade e à posse do bem vendido, bem como das pertenças que o hajam de

acompanhar. Mesmo a respeito de bens móveis, pode ocorrer a necessidade de tal entrega. No direito brasileiro, onde só por exceção se pode falar de *Eu fait des meubles, possession vaut titre,* há grande margem de confiança quando se compra sem se exigir o título. Se o bem móvel é da classe daqueles bens que estão ligados a registo (patentes de invenção e outros bens de propriedade industrial), a entrega do título é de exigir-se. Outrossim, se há documento de alfândega, ou de procedência intraestatal.

„7. EXPEDIÇÃO CONFORME ORDEM DO COMPRADOR. Se a compra-e-venda é a distância, ou para ser enviada, e o comprador designa o lugar em que há de ser recebida, o vendedor só é responsável pelos riscos se êle mesmo se vinculou a levar o bem ao comprador. Ao vendedor, se não se ligou a isso, não correm os riscos: só os suporta até o momento da entrega.

Se o vendedor só se vinculou a entregar ao transportador, ou portador, ou a estabelecimento encarregado da remessa, não sofre os riscos posteriores a essa entrega. Se o bem se perde, ao vendedor assiste a pretensão ao r

preço. Só é responsável o vendedor, perante o comprador, se a êsse causou dano o afastar-se das instruções o vendedor.

Mesmo se os danos provieram de caso fortuito ou fôrça maior, nada tem com isso o vendedor. Os juristas que entendem que os danos a que se refere o ml. 1.128 do Código Civil (Código Civil alemão, § 447) são os oriundos de caso fortuito ou fôrça maior, ou riscos do transporte, erram *(e.* g., II. SIBER, *Schuldrecht,* 226; PALANDT, *Biirgerlickes Gesetzbuch,* □

14 a ed., 461). A transmissão antecipada dos riscos não se prende ao aumento de perigo, devido ao transporte, mas sim à tradição, como se sobrevém, por exemplo, *requisição* pelo Estado, ou mesmo desapropriação, ou proibição de exportar (BEITZKE, Gefahrtragung und Beschlagnahme beim Kauf, *Monatschrift flir Deutaches Reichs, 47,* 281; K. A. BETTERMANN, Transportrisiko und -Beschlagnahme, *Zeitscrift flir das gesamtú Handelsrecht,* 111? 102).

Estatui o Código Civil, art. 1.128: “Se a coisa fôr expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la, salvo se das instruções dêle se afastar o vendedor”. Se o comprador deu ordem para que se expedisse para lugar diverso o bem comprado, houve tradição, de

modo que o art. 1.128 não se afasta dos princípios. Com a entrega do bem vendido, os riscos passam ao comprador. Os proveitos são do comprador desde êsse momento; portanto, também os riscos. O que importa, quanto aos riscos, é a transmissão da posse, e não a da propriedade. Se se transmitiu a propriedade, porém não a posse, os riscos continuam com o vendedor; Se se transmitiu a posse, embora sem se transmitir a propriedade, os riscos são do comprador. Fa. LEONHARD *(Desande-rés Schuldrecht,* 16) fala de transmissão econômica, mas

~,qual a transmissão de bem patrimonial que não é econômica?

A expressão "riscos", no Código Civil brasileiro, art. 1.128, e a expressão "Gefahr", no Código Civil alemão, §§

446 e 447, não se referem ao perigo do bem, mas ao risco, para o vendedor, de perder a pretensão ao preço. Não mais pode temer o vendedor não poder cobrar (ou ter de restituir > o preço, uma vez que fêz a remessa conforme as instruções do comprador. Não importa de onde saiu o bem, se do domicílio do vendedor, ou se de outro lugar, uma vez que assim quis o comprador.

O vendedor, se escolheu o transportador, ou o portador, responde pela sua diligência, se lhe foram feitas recomendações. Não há, porém, considerar-se o transportador ou o portador seu auxiliar para o adimplemento, se não foi êle quem se encarregou de enviar e entregar.

O art. 1.128 do Código Civil também é invocável se a remessa é para outro ponto da mesma rua, bairro, ou cidade.

O que se tem de apurar é se em verdade houve "ordem do comprador", em vez de se tratar de normal serviço do vendedor, conforme as circunstâncias e os usos. Às vêzes a entrega pelo vendedor é a seu risco, mesmo fora da cidade, desde que só exija o enderêço do destinatário, comprador ou terceiro. A transmissão do risco está ligada ao fato da entrega. O vendedor entrega, porque deve entregar, adimplindo; e não se tem por entregue o que foi comprado.

A ordem do comprador não precisa ser explícita. As circunstâncias podem mostrar que tal foi a vontade do comprador. Se o vendedor, por seu ramo de negócio, faz a expedição inclusa no adimplemento, não há invocar-se o art. 1.128 do Código Civil.

As despesas fiscais correm por conta do comprador, se são despesas quanto à compra, e do vendedor, se são despesas quanto à venda. Não há solução a *príori.* Depende da lei tributária, que pode gravar a

compra como pode gravar a venda. Quem as paga é outro problema. Se nenhuma cláusula se inseriu, as despesas do instrumento da venda e as que se fazem para se receber e se transportar o bem vendido correm por conta do comprador. O

comprador não sofre as despesas se isso foi estipulado. Sofre-as se nada se estipulou. O vendedor, por sua vez, tem de entregar no seu domicílio, ou estabelecimento, salvo cláusula em contrário. Daí a grande relevância das cláusulas.

8. CLÁUSULAS USUAIS. A *cláusula "fas"* (free alongside ship) ou *pasta no costado da navio* significa: o vendedor entrega a mercadoria no costado do navio, no pôrto de embarque. O preço inclui: o custo da mercadoria, bem embalada, o transporte e tôdas as despesas até que se entregue a mercadoria no costado do navio, no pôrto do embarque. O carregamento para bordo, o frete, o seguro e quaisquer despesas *depois* da entrega correm por conta do comprador. As perdas e as avarias após a entrega sofre-as o comprador.

O comprador tem de comunicar, a tempo, o lugar e o dia em que se há de embarcar a mercadoria, O preço tem de ser pago no momento da entrega, salvo se há prazo. Se o navio demora, ou não pode apanhar a mercadoria, os riscos e despesas são por conta do comprador.

A *cláusula "fob"* (free on board) significa que o vendedor entrega a mercadoria a *bordo do navio, no pórto de émbarque.* Em conseqUência, incluem-se no preço: o custo da mercadoria bem embalada, o transporte, as r

despesas de carregamento e tôdas as que se fizerem até entregar-se a mercadoria a bordo do navio, no pôrto de embarque. O frete, o seguro de viagem e as despesas feitas após a entrega da mercadoria a bordo do navio, no pôrto de embarque, são por conta do comprador. As perdas e avarias que ocorram após a entrega a bordo do navio, no pôrto de embarque, sofre-as o comprador.

A *cláusula "e&f"* (cost and freight) significa que o vendedor entrega a mercadoria a bordo do navio, no pôrto do embarone, e paga o frete e as despesas de transporte até o cais, no pôrto de destino, devendo entregar ao comprador os conhecimentos de embarque livres e sem quaisquer ônus. O preço inclui: o custo da mercadoria bem embalada, o transporte, o carregamento e quaisquer despesas que se façam até a entrega da mercadoria a bordo do navio, no pôrto de embarque, mais o frete até o cais no pôrto do destino, devendo o vendedor entregar ao

comprador os conhecimentos livres e sem ônus. O seguro de viagem e quaisquer outras despesas supervenientes à entrega da mercadoria a bordo do navio, no pôrto de embarque, excetuado o frete até o cais no pôrto do destino, são por conta do comprador. Sofre o comprador as perdas e avarias que se derem após a entrega da mercadoria a bordo do navio, no pôrto de embarque.

A *cidusulo "cif",* custo, seguro e frete (cost insurance and freight) significa que o vendedor entrega a mercadorja a bordo do navio, no pôrto de embarque, paga o frete ou despesas de transporte, até o pôrto do destino, o seguro pelo menos até o cais no pôrto do destino, devendo entregar ao comprador os conhecimentos, livres e sem ônus, e as apólices de seguro, com os prêmios pagos, ou certificados enà duplicata dos prémios pagos. O preço inclui : o custo da mercadoria bem embalada, o transporte, o carregamento e quaisquer despesas que ocorram até a entrega da mercadoria a bordo do navio, no pôrto de embarque, e o frete até o cais no pôrto do destino, mais o seguro até o cais no pôrto do destino. O vendedor tem de entregar os conhecimentos livres e sem ônus, e as apólices de seguro, pagos os prêmios, ou certificados em duplicata do pagamento dos prêmios. Quaisquer despesas, excetuadas as de frete e de seguro, que se fizerem após a entrega da mercadoria a bordo do navio, no pôrto de embarque, são por conta do comprador. Sofre o comprador as perdas e avarias que ocorrerem após a entrega da mercadoria a bordo do navio no pôrto de embarque.

Os comerciantes franceses dizem *cláusula <„cai"*" (coM, assurance, frêt).

No tocante ao transporte e aos riscos, regem os arts. 196 e 206 do Código Comercial (Código Civil, art. 1.128).

A *tradição* é no pôrto de embarque (Código Comercial, art. 199).

Devido ao que o preço compreende, sabe o comprador como pode dispor da mercadoria, durante a viagem, com a simples entrega ou remessa do conhecimento endossado.

Após a expressão *cif* põe-se o nome da praça *(e. g., "cif* Rio de Janeiro), para se dizer qual o lugar até onde se segura a mercadoria.

Supõe -se a diferença de lugares, pois que se alude a pôrto de embarque e a pôrto de destino, que seja interestatal, ou interestadual, ou intraestadual, mas intermunicipal, o tráfico. Se dos têrmos do contrato se inclui que o uso da *cláusula "cif"*" foi inadequado, aos

têrmos do contrato é que se há de atender (Câmaras Cíveis ReUnidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 18 de junho de 1925; 1.a Câmara -Cível, 2 de agôsto de 1923, 1?. 9., 41, 560, e E. *de D.,* 80, 120 s.).

O vendedor, fazendo as despesas de frete e seguro, adimple a obrigação que assumiu, em virtude da cláusula, sem se precisar de alusão a ser mandatário do comprador, pois não oé (sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 2 de maio de 1919, *E. do S. T.* 9., 19, 587), nem, tão-pouco, à existência a pacto adjecto.

Enquanto o vendedor não entrega a mercadoria, a bordo do navio, no pôrto de embarque, não adimpliu a dívida oriunda de contrato de compra-e-venda: continua dono dela. No direito brasileiro, os riscos, enquanto não se faz a entrega, são do vendedor. A escolha do veículo, do navio por exemplo, é, de ordinário, feita pelo vendedor. Se o escolheu o comprador, os danos, que resultem de ser impróprio para o transporte, sofre-os o comprador (Câmaras Cíveis ReUnidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 11 de abril de 1918, confirmando o acórdão da □

1 a

Câmara -Cível, a 24 de setembro de 1917, *E. J.,* 10, 513 s.). -

As despesas de armazenagem até que a mercadoria entre no veículo de transporte (“a bordo”) são por conta do vendedor.

A *cláusula “ffa”* (free from alongside), cláusula “posta no costado do navio”, significa que o frete pago pelo vendedor inclui somente o transporte da mercadoria até o costado do navio no pôrto do destino. Ao comprador é que tocam as despesas de descarga e tôdas as outras despesas que sobrevierem após a entrega da mercadoria no costado do navio, no pôrto do destino.

r

O seguro feito pelo vendedor sómente cobre a mercadoria até o cais no pôrto do destino, isto é, apenas até a entrega no costado do navio no pôrto do destino.

§ 4.325. Qualidade e quantidade do bem vendido ou dos bens

vendidos 1. OBJETO DA PRESTAÇÃO. O vendedor há de prestar aquilo que prometeu, com a qualidade ou com as qualidades que teria de apresentar e de ter, ou aquelas que seriam de exigir-se, na normalidade dos casos. Bem assim, com a quantidade que se mencionar, ou a que, pelas circunstâncias, é a devida.

Prestar menos ou diferentemente do que se deve é prestar insatisfatoriamente . Em princípio, quem prestou menos não prestou; salvo se, *iu casu,* ou segundo o uso do tráfico, se há de ter a recepção como anuência ao adimplemento parcial. O costume-lei, êsse, estabelece *regras juridicas;* o uso ou costume ato repetido, elemento usual dos negócios, somente opera como cláusula implícita.

O contrato de compra-e-venda, no cogitar da quantidade, tem de referir-se ao pêso, ou às dimensões, ou àquele e a essas. Se nada ficou precisado, os usos é que determinam se só se há de considerar o pêso bruto; ou se há de ser incluso o pêso da embalagem, ou do envoltório, ou dos elementos protectivos. Outrossim, ou o texto do contrato de compra-e-venda, ou o uso tem de dizer se é necessário determinado pêso para cada unidade, ou para o todo, ou se a prestação pode ser para mais, ou para menos, com complemento, ou diminuição corres-

pondente do preço. As expressões “cêrca de”, “mais ou menos”, “aproximadamente”, permitem que o vendedor preste com o que tem, ou como lhe parece mais fácil, se não incorre em má fé, ou se a sua escolha não se afasta da *cláusula de prestabilidade aproximativa.* Por vêzes, a cláusula dá ensejo a prestação aproximada em pêso, ou em quantidade, ou menos fâcilmente em qualidade, sem que a diferença seja exigível, ou dedutível.

Por onde se vê que a *cláusula de prestabilidade aproximativa* de modo nenhum tem sempre o mesmo conteúdo, no tocante a correspectividade do preço, salvo se evidentemente apreciável à parte a diferença entre o prestado e o que se deveria prestar.

Os mesmos princípios são invocáveis a respeito dos bens imóveis. -

- Quando a venda é de coisa certa, não se cogita, de ordinário, de medida, a que Çorresponda preço. A contraprestação é certa, salvo cláusula expressa que se refira a dimensão ou preço ainda não verificado, a despeito da determinação do bem. Pode acontecer, mesmo a respeito de bens imóveis, que o contrato de compra-e-venda haja enumerado unidades, com preço global, ou mesmo com preços distintos, e as medidas sejam, para umas, acima, e, para outras, abaixo do que se dissera. Aí, a equidade exige que se somem as medidas e se verifique se o que, a propósito de alguma, ou de algumas unidades, se perdeu, no tocante a outra, ou a outras, se ganhou.

2.ESTADO DO BEM VENDIDO. O *estado em que se acha* o *bem* há de ser aquêle ao tempo da conclusão do contrato de compra-e-venda. Se o bem é genérico, o estado há de ser aquêle que resulta das amostras, ou do anúncio, ou o em que se acha ao tempo da determinação para a entrega.

Evidentemente, há de compor-se de tôdas as partes, ou peças, e ser acompanhado das pertenças. Os princípios que regem a separação do que é propriedade alheia tanto se referem aos bens imóveis como aos móveis. O que dissemos sôbre -as benfeitorias, na Parte Geral (Tomo X, § 1.128), é invocável. Igualmente, o que concerne a materiais alheios.

A boa fé, por parte de terceiros, sômente influi segundo os princípios gerais.-- Não há regras jurídicas especiais àcompra-e-venda.

Se, após a conclusão do contrato de compra-e-venda, o vendedor incorporou algo ao bem vendido, discute-se quanto ao seu direito à indenização. Negam-no alguns (e. g., DOMENICO RUBINO, *La Compraveudita,* 388 s.)

; porém não se pode lançar princípio *a priori.* O que se expôs sôbre posse e sôbre benfeitorias tem invocabilidade, inclusive quanto ao *ius toliendi.* Se êle já transferiu a posse, sem que ficasse com a posse imediata, ou há de ser tratado como servidor da posse, ou como estranho.

3.IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO. São invocáveis, a respeito do contrato de compra-e-venda, as regras jurídicas sôbre impossibilidade da prestação, ocorrida após a conclusão do negócio jurídico bilateral (Código Civil, arta. 865--867; 876 e 877).

Em princípio, as dívidas oriundas do contrato de compra-

-e-venda hão de adimplir-se simultâneamente (Código Civil, art. 952). Pode ser estipulado que se pague antes, ou que antes se entregue o bem vendido. Há antecipação de vencimento nas espécies do art. 954 do Código Civil (cf.

Decreto-lei n. 9.228, de 3 de maio de 1946, art. 4□O, *b)* ; Decreto-lei n. 9.846, de 10 de junho de 1946, art. 6.~, *b).*

Se, nas compras-e-vendas de bem genérico, houve a individuação e ainda não se prestou o bem (mora), o r

comprador tem pretensão à resolução e ao ressarcimento dos danos por inadimplemento, ou a exigir nova individuação, uma vez que se trata de bem fungível. (Os arts. 610 e 612 do Código Civil argentino poderiam dar ensejo a que se não admitisse tal solução, mas êles só se referem à individuação sem ter havido, depois, a mora.

Cf. art. 1.428 do Código Civil argentino.)

-E de admitir-se cláusula contratual que afaste a regra jurídica *Res perit domino,* que é, portanto, dispositiva. Não devemos interpretar que a cláusula *cif* seja exceção. A tradição opera-se com o embarque. Dá-se o mesmo se alguém compra bem em viagem, porque se dá a transmissão da posse com a entrega dos documentos. Por isso mesmo, em caso de sinistro, o comprador é que percebe o seguro.

(A alusão acima à regra *Res perit domino* é apenas para simplificação. A tradição é que importa a transmissão dos riscos. Não é preciso que se haja dado a transmissão da propriedade, salvo se a situação do comprador fica sujeita a regulação especial.)

No caso de compra-e-venda de bem específico, ou de bem individuado, no ato da compra-e-venda, o vendedor tem de prestar e suportar os riscos enquanto não presta. É a concepção germânica (Código Civil alemão, § 323; Código Civil brasileiro, arts. 865-867 e 876).

4.DANOS SUPERVENIENTES À CONCLUSÃO DO CONTRATO.

Oque sofreu o bem, depois da conclusão do contrato de compra-e-venda, independentemente da vontade do vendedor, não é indenizável por êsse. Se genérico o bem, antes da entrega tem o vendedor de providenciar para que se entregue ao comprador o que não foi atingido por algum fato, mesmo caso fortuito ou de fôrça maior. Se do rebanho morreram alguns animais, com o restante é que o vendedor tem de prestar, pois o bem vendido Era genérico (tantos cavalos, tantos bois, tantos carneiros). Se a compra-e-venda foi de bem genérico, o vendedor tem dever de custódia, e tem de prestar conforme os princípios sôbre impossibilidade da prestação, assaz diferentes daqueles concernentes à impossibilidade da prestação de bem específico. As exceções são raríssimas.

Na compra-e-venda, o problema da suportação dos riscos só se pôe, verdadeiramente, no tempo que precede à tradição do bem. Depois de operar-se a tradição ou transmissão da posse, mesmo se já houvera a transmissão de propriedade e faltava a posse, é que os riscos passam ao comprador.

Já se falou (Tomo XXIII, §§ 2.795-2.797) da impossibilidade superveniente da prestação, assunto que não.interessa somente ao contrato de compra-e-venda. O *genws limitatum.* pode extinguir-se, ou tornar-se impossível obter-se parte que subsista. Os riscos não são apenas de ordem fáctica, podem ser de ordem jurídica, como se o bem se tornou inalienável, ou foi desapropriado, ou houve a requisição a que se refere o art. 141, § 16, 2~a parte, da Constituição de 1946.

esses acontecimentos subsequentes à conclusão do contrato, como os que se prendem ao estado material do bem, são suportados ou pelo vendedor, ou pelo comprador.

A propósito, por- exemplo, da inalienabilidade, se o comprador ainda não havia adquirido a propriedade do bem, a inalienabilidade subsequente do bem determina a impossibilidade da prestação do vendedor. Se o comprador já havia adquirido o direito, mesmo que lhe faltasse adquirir a posse, a inalienabilidade pesa sôbre êle, pois é dono do bem e não pode transferir a outrem o direito de propriedade. O contrato, êsse, não fica exposto a resolução por inadimplemento (o vendedor prestou), nem cabe invocar a resolução por impossibilitação. Se o vendedor sabia que a impossibilitação se daria, não se pode pensar em furtuídade do caso. Para que haja a transferência da suportação dos riscos, é preciso que a impossibilidade superveniente não tenha sido imputável ao devedor, que foi o vendedor (cf. Código Civil, ad. 865).

O desaparecimento do bem, sem se saber se foi destruído, não é, sempre, impossibilitação absoluta, porque pode dar-se que se encontre o bem (contra, ACHILLE GIOVENE, *L"Ir,zpOSSibilitâ e la "Sopravenienza",* 17), mas o momento da prestação é que há de decidir, salvo culpa do vendedor. O achar-se depois já é inoportuno.

A propósito do *genus iflimitatuni,* diz-se que há sempre o que pode ser prestado *(Genus iucmqwtm perit),* porque o vendedor pode sempre adquirir o que baste ao cumprimento do seu dever. Em princípio, assim é. Mas a existência de parte pode ser em lugar de onde não se poderia trazer *(e. g.,* foi proibida no outro Estado a exportação).

Na compra-e-venda com~ a tradição imediata, ou a imediata cessão da pretensão à entrega, o comprador suporta os riscos (se pagou, não pode alegar a resolução; se não pagou, tem de pagar).

O art. 865 do Código Civil só alude à perda, mas perda, ai, é a destruição, ou a perda *(stricto sensu),* ou o acontecimento que torne juridicamente impossível a prestação.

Nas compras-e-vendas, se a tradição ou a transferência da propriedade é simultânea ou imediata, não há exceção à regra jurídica *Res Qierit domino.* Se não foi feita a transferência, como deveria ter sido, o vendedor responde pela impossibilidade não imputável, tão porque seja o dono, mas porque incorreu em culpa. Dono continuou de r

ser, mas a inimputabilidade não lhe aproveita, porque o fato gerador da responsabilidade não é o ser dono, mas o estado de *mora.* É êrro de ALFREDO DE GRECJORIO (Vendíta, *Nuovo Digesto Italiano,* 12, 928 s.) e de PAOLO GRECO *(La Compravendita e altri contratti,* 62) o falar-se, aí, de exceção à regra jurídica *lias perit domino.* Cf. Código Civil, art. 957.

§ 4.326. Compra-e-venda com reserva de propriedade

1. PRECISÕES. Na *reserva de propriedade,* de ordinário o vendedor antecipa a sua prestação, ficando com a propriedade em garantia do pagamento do preço. A reserva pode sei do domínio, ou de outro direito real (enfiteuse, usufruto, uso, só transferindo o exercício).

Na vida econômica de hoje, a reserva de domínio facilita o crédito sôbre mercadorias, sem que deixe de haver inconveniência político-jurídica, por atingir a *publicidade* da posse e por outras razões de ordem capitalística.

Muitas vêzes se empresta por se ver o estoque, sem se poder saber, salvo investigação de escrita e de documentos, se as mercadorias pertencem ao mutuário.

Se o vendedor acordou em que o preço fôsse, no todo ou em parte, pago depois da entrega do bem, expôs-se êle ao inadimplemento pelo comprador, a despeito de já haver cumprido a sua obrigação.

O contrato de compra-e-venda pode -fixar prazo, depois de cujo transcurso será de exigir-se a indenização. Se não se resolve o contrato, pode o comprador não ter meios para pagar, a despeito de ficar com o bem comprado, que talvez já tenha alienado.

Se não há interêsse na entrega do bem logo após a conclusão do contrato, podem ser concebidos como simultâneos o adimplemento pelo vendedor e o adimplemento pelo comprador. São a prazo, aí, ambos os adimplementos. Se há interêsse do comprador, ou do vendedor, em que se dê antes a entrega do bem vendido, tem o vendedor de exigir segurança, se não lhe basta a confiança no comprador.

As seguranças mais frequentes são a fiança, o penhor e a reserva de propriedade.

2. RESERVA DÉ DOMÍNIO. *Reserva de domínio* é a cláusula entre vendedor .e comprador, que estabelece ficar com o vendedor o domínio, até que se pague totalmente o preço, a despeito da entrega ao comprador. Com essa cláusula segura-se contra inadimplemento o vendedor. A hipoteca melhor o consegue, a respeito dos bens imóveis; de modo que a cláusula mais s se emprega a respeito de bens móveis.

Em comparação com o direito de penhor, a cláusula de reserva de domínio é mais intensa, porque se permite ao vendedor, em caso de inadimplemento, reaver a posse do bem, em vez de se proceder à extração do valor. A sua finalidade é, por bem dizer-se, a de restaurar a simultaneidade das prestações , se se quer evitar a *resolução* do contrato (HELMUT RÍYEL, *Eigentumsvorbehalt und Abza.klztngsgeschttft,* 10 s. e 105).

O comprador que recebeu o ben, com a cláusula de reserva de domínio, tem a faculdade de usá-lo, ou de usufruí-lo. Só não tem o domínio. Perde o uso ou o usufruto, em geral a posse, se deixa de cumprir o prometido.

Não pode transferir o domínio porque não o tem.

Â cláusula de reserva de domínio necessariamente é cláusula do negócio jurídico bilateral da *compra-e-venda* e do *acórdo de transmissão da posse,* porque retira a êsse o efeito de transmitir a propriedade. No direito brasileiro, como no direito alemão e noutros que escaparam à confusão oriunda do Código Civil francês, há a distinção entre o contrato de compra-e-venda e o acôrdo de transmissão *(R7inignng)*. É preciso que haja a tradição, em virtude de acôrdo de transmissão, para que se transfira a propriedade dos bens móveis (Código Civil, art. 620). Se há reserva de domínio, tradição há sem a eficácia que a lei confere ao acôrdo de transmissão: o tradente continua proprietário, a despeito da transmissão da posse. O ato-fato real ocorre, mas falta, por sôbre êle, o acôrdo de transmissão com eficácia de transmissão da propriedade. O acôrdo de transmissão foi sob condição *suspensiva.*

Se se falou em reserva de domínio, ou se a interpretação impõe que se pense em ter havido reserva de domínio, tem-se de entender que o acôrdo de transmissão foi suspensivamente concebido. Não se pretenda que foi o contrato de compra-e-venda que se concebeu com a condição suspensiva. Foi o acôrdo de transmissão. Por isso mesmo, a reserva de domínio pode ser *posteria*‟*,*- ao contrato de compra-e-venda, desde que ainda não se haja feito o acôrdo de- transmissão da propriedade ou inserta nesse, como cláusula.

Se a reserva de domínio foi inclusa no contrato de compra-e-venda, o que se há de assentar é que êsse contrato está acompanhado do acôrdo de transmissão clausulado, mesmo quando se haja fixado data posterior para a entrega (pré-formulação do acôrdo). Se no contrato de compra-e-venda se diz “só se transferindo a propriedade por ocasião do pagamento total do preço”, o comprador tem direito a exigir a entrega do bem. Tôda reserva de domínio é cláusula do acôrdo de transmissão. Se se disse a data em que seria de exigir-se, há suspensividade para r

a entrega e para a transmissão do dominío.

Se a reserva de domínio é nula, nulo não é, por êsse fundamento, o contrato de compra-e-venda. Pode valer o próprio acôrdo de transmissão sem valer a cláusula de reserva de domínio.

O pacto *reservati dominii* pode ser ligado a outro acontecimento que ao adimplemento integral, como se o vendedor estipula que só se há de transferir a propriedade se o comprador compra, até certo prazo, o prédio em que possa instalar o bem vendido.

Se o vendedor se reserva a propriedade até o pagamento integral do

preço e, em virtude disso, não tendo havido o pagamento integral, toma a posse do bem, há resolução do contrato, com a restituição das prestações recebidas.

Dá-se o mesmo se a posse do bem é retirada ao comprador devido a medida executiva ou cautelar, ou quando por outra causa exerce a pretensão à restituição da posse (JOHANN LAZARUS, *Das Reoht der Ábzahtungsgeschdtte, 96)*.

Às vêzes, os contraentes chamam "promessa de compra-e-venda com reserva de domínio" a compra-e-venda com reserva de domínio. Não tem relevância a impropriedade da linguagem. Pode haver promessa de compra-e-venda com reserva de domínio se em yerdade só se promete compra-e-venda. com reserva de domínio, ou se houve alusão a elemento (reservado) que não poderia existir. Se, porém, se entregou o bem e se vai prestar ∼.

propriedade quando solvida a dívida, o que há é compra-e-venda com reserva de domínio. Exemplo no acórdão da 2Y Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a „7 de novembro de 1938 (li. *dos* 2"., 119, 234).

3. NATUREZA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMÍNIO. A cláusula de *reserva de domínio* é parte integrante do acôrdo de transmissão da propriedade. Quando se faz reserva de domínio em contrato de compra-e-venda, em verdade houve contrato de compra-e-venda e acôrdo de transmissão, com a cláusula. É -

encontradiça, mesmo nos juristas alemães, confusão a a respeito *(e. g.,* IÇAM, LARENZ, *Leh,rbuch des Schuldreehts,* II, 68).

A cláusula pode ser explícita ou implícita. As circunstâncias e outras cláusulas do contrato de compra-e-venda podem compê-la.

Pode acontecer e sói acontecer que o vendedor, ao ter de fazer a entrega, estipule a reserva de domínio (declaração unilateral de vontade), *e.* g., na fatura, ou no documento que a acompanha. Não houve a transmissão da propriedade, pôsto que tivesse havido a entrega. O comprador tem a exceção *non adimpleti contractus,* ou a *non rUe adimpleti contractus,* se entende que o vendedor tinha de transmitir-lhe a propriedade. Se o vendedor não atende e tem razão o comprador, só a *novação* poderia atingir o contrato de compra-e-

venda. Se o comprador, que não pagou, recebe o bem, com a reserva de domínio, nenhumá alteração houve no contrato de compra-e-venda, salvo se o vendedor teria de prestar antes (HELMUT RÚEL, *Eigentumavorbehdt und Abzahlungsgeschíift,* 191).

Se o comprador já pagou, ou se o vendedor teria de prestar antes, a aquiescência do comprador é a do comprador que recebe prestação incompleta. O comprador pode exigir o cumprimento do contrato de compra-e-venda. Em princípio, a reserva feita por manifestação unilateral de vontade é ineficaz.

Se o comprador anui em que a entrega seja com reserva de domínio, o que não se previa, ocorre isso, de regra, porque ainda deve e talvez queira adiamento para a paga do preço, ou do restante. O não cumprimento pelo comprador implica resolução do contrato e pode o vendedor exigir a posse. Se o comprador adimple, cabe a pretensão à transmissão da propriedade.

A reserva de domínio, ao tempo do contrato de compra -e-venda, supóe que o acêrdo de transmissão é que a contém, simultâneo àquele. Se posterior, falta a simultaneidade, mas a cláusula é do acôrdo, como se simultâneos fôssem contrato de compra-e-venda e acôrdo de transmissão.

A mora do comprador, como a do vendedor, dá ensejo à resolução.

Se houve cláusula de reserva de domínio, a entrega do bem ao comprador, com a transmissão da propriedade, é adimplemento pelo vendedor. Daí em diante as despesas e os riscos são contra o comprador. Tem êsse o *direito à posse,* oponível ao vendedor proprietário, fundado no acôrdo de transmissão sob condição suspensiva, e não no direito expectativo do comprador. Ao não-implemento da condição suspensiva quanto à propriedade corresponde a condição resolutiva quanto à posse.

4. DO COMPRADOR Á POSSE E EXTINÇÃO DO DIREITO. Com a cláusula de reserva de domínio, o vendedor -assegura-se contra o possível inadimplernento pelo comprador, inclusive se sobrevém decretação da r

abertura de concurso civil de credores, ou decretação de abertura de falência, ou liquidação coativa, O direito do comprador à posse do bem comprado se extingue e nasce ao vendedor a pretensão a reaver a posse se sobrevém concurso de credores, qualquer que seja, ou mora. Tem de exercê-la, embora o comprador perca o direito à posse desde o

momento em que ocorre a eficácia da decretação de abertura do concurso, ou a mora, segundo os princípios que a regem.

Quando o vendedor reclama a posse, que entregara, não exerce, necessàriamente , a pretensão à resolução do contrato, pôsto que possa haver cláusula contratual que assim o predetermine, O exercício da pretensão a reaver a posse, pretensão ligada ao acôrdo de transmissão, distingue-se do exercício do direito à resolução do contrato de compra-e-venda. Os dois direitos podem ser exercidos separada ou simultâneamente (HELMUT RtHL, *Eigentumsvorbehalt um! Abzahlungsgeschttft,* 92 s., 105, 256 s.). O vendedor, que recebeu de volta o bem vendido, pode exigir o cumprimento do contrato de compra-e--venda, enquanto não se dá o exercício da pretensão à resolução ou não ocorre essa, em virtude de cláusula especial do contrato de compra-e-venda. A resolução prende-se a êsse; a pretensão a reaver a posse resulta da cláusula de reserva de domínio inserta no acOrdo de transmissão, Se, a despeito da volta da posse ao vendedor, há a purga da mora, ou se desfaz ou extingue a relação jurídica concursal, ao comprador renasce o direito à posse, ou o direito à posse e à propriedade.

5.RESTITUIÇÃO DA POSSE Ao VENDEDOR. O vendedor é proprietário, a despeito do contrato e da transferência da posse.

No concurso de credores, qualquer que seja, o vendedor, se não lhe é pago totalmente o preço, pode pedir a restituição do bem vendido com reserva de propriedade (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts.

76-78). O ad. 48 do Decreto-lei n. 7.661 é invocável. O vendedor pode interpelar o síndico para que, dentro de cinco dias, declare se cumpre, ou não, o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo êsse prazo, dá ao vendedor o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, entra na classificação dos créditos como crédito quirografário (Decreto-lei n. 7.661, art. 48, parágrafo único). Os mesmos princípios regem o direito do vendedor em caso de concurso civil de credores, ou - de liquidação coativa.

No direito brasileiro, se o vendedor prefere que se venda o bem que está sob a posse da massa, tem de expor o que deseja e pedir, em vez da volta da posse, a venda em hasta pública, pois assim se podem apurar o valor prestado e o que se ia restituir.

No concurso de credores, qualquer que seja, por ocasião do pedido de

restituição, é possível discutir-se se o vendedor cumpriu tôdas as suas obrigaçâes (LETZGUS, *Die Anwartschaft des Kdufers unter Eigentvmsvorbehalt,* 66 s.; WALTER ERMAN, *Handlcommentar rum BGB.,* 10).

6. TRANSMISSXO DA PROPRIEDADE SOB CONDIÇÃO SUSPENSIVA. A transmissão da propriedade, em virtude do acârdo de transmissão em que há a cláusula de reserva de domínio, é sob condição suspensiva. O

vendedor é proprietário exposto à vinculação. Para que o comprador adquira a propriedade não mais se precisa de qualquer acôrdo, ou de manifestação unilateral de vontade do vendedor. Implida a condição, opera-se a aquisição.

Por onde se vê, mais uma vez, quanto é de importância atender-se a que a reserva de propriedade 6 cláusula do acOrdo de transmissão.

Uma das conseqUências de ser aquisição sob condição suspensiva está em que o vendedor, durante a posse do comprador, nenhum ato de disposição pode praticar, eficazmente, no tocante ao bem entregue com reserva de propriedade. Duas vêzes, o Reichsgericht entendeu que seria preciso nêvo acOrdo *(Entach.eidungen des* ReCchsger-iehta, 64, 206, e 95, 107) ; mas a doutrina reagiu enêrgicamente *(e.* g.. A. VON Tuas, *Der Aligemeins TeU,* III, 318; Fa. LEONHÁRD, *Besondorca SchuZdreokt,* 106; cf. *Entaoheidu‟ngen,* 140, 226).

O comprador não pode gravar o bem de que tem a posse:

falta-lhe a propriedade. Pode dispor do seu *direito expeotativo.* Pode empenhá-lo (Código Civil, art. 790). O

direito expectativo é arrestável, seqtiestrável, penhorável e arrecadável. Trata-se de direito patrimonial atual (MoLTz, *Die Ãnwartsohaftsrecht a~us bodingter tlbereignung ais Kreditsicherungam.ittel,* 28 s.; LETZGUS, *Die Anwartseha/t dos Kdufers unter Eigen tum.svorbehaZt,* 85; HELMUT RIYHL, *Eigentumsvorbehalt ind Abzahiungsgesohdft,* 87). Cf. Tomo V, § 544, 1, 4, 545, 5, 9; XXVIII, §§ 3.297, 3; 8.388, 5.

7. Dxs~osxçÂo DO DIREITO DE EXPECTATIVA, A disposição do direito de expectativa rege-se pelos princípios concernentes à propriedade. O adquirente ou recebe a posse, tal como a tem o comprador com reserva de propriedade, ou posse mediata. Com a

alienação, o comprador perde a possibilidade de adquirir a propriedade, salvo se desconstituldo o seu ato de disposição.

r

A pessoa que adquiriu do comprador o direito expectativo adquire a propriedade se a condição suspensiva se imple. Não há *aquisição intermédia* do comprador (HELMUT ROHL, *Eigen-. tumsvorbehalt und Ãbzahlungsgeschttft,* 97; LETZGUS, *Dia Ãnwartsohatts des Kduf era unter Eigentumsvorbeholt,* 11 a.; HoLTZ, *me Ãnwartscha/tsrecht azia bedingter tYbereignung ais Kreditsiohcrungsmitteí,* 47 s.; JOSEI‟ Essn, *Lehrbuch des Schvldreohts,* 231; HARRY WESTERMANN, *Lehrbueh des Saxhenreohts,* 216).

Não é necessário o assentimento do vendedor (KARL LARENZ, *Lehrbuoh. Jes Sch‟uldreeh.ts,* II, 72), quer para pré-

-contrato, quer pata contrato de compra-e-venda do direito de expectativa, quer para o acOrdo de transmissão disse direito. Quanto à posse, que o vendedor lhe trânamitiu, o comprador que aliena o direito de expectativa somente pode atribuir ao outorgado posse mediata, que não ofenda a posse mediata do vendedor, ou posse imediata, mas a seu risco. AI, o assentimento do vendedor é imprescindível para que se afaste a paulbilidade de se caracterizar Infração do contrato de compra-e--venda, ou do próprio acOrdo de transmissão.

Se o comprador, dispondo do direito de expectativa, ofende a posse do vendedor (ou o seu dever de possuir o bem), pode o vendedor exigir do terceiro a devolução da posse ao comprador (HARRY WESTERMÂNN, *Lehrbuch des Sachenrechts,* 136).

Odireito de expectativa pode ser objeto de medida constritiva e de medida executiva (penhor). Qualquer dessas medidas importa constrição da posse que o comprador recebeu. Se o comprador vem a adquirir a propriedade, a medida constritiva pode ser estendida à propriedade, o que depende de pedido do interessado e deferimento pelo juiz.

8.VENDA DO BEM COM RESERVA DE PROPRIEDADE. O comprador, que recebeu o bem, ou os bens, com reserva de propriedade, pode vender o bem, ou os bens, e os ulteriores compradores ficam em idêntica situação jurídica. Ou o comprador-vendedor recebe o preço, desde logo, ou adquire o crédito ou os créditos contra os terceiros

outorgados, mas o preço ou crédito ou os créditos passam ao vendedor com reserva de domínio. Dá-se, ai, *cessão fiduciária,* que tem de ser antecipadamente pactada, devendo os créditos ser suficientemente determinados, ou determináveis. O pacto conclui-se entre o vendedor com reserva de propriedade e o comprador (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teu,* II, 387 5.; Fa. LEONHARD, *AUgemeine Schuldrecht des BGB.,* 655; H.

Sínmt, *Schuldrecht,* 140; PH. HECK, *Grundrias des Schuldrechts,* 202 a.). Nada obsta a que a cessão se faça pouco antes, ou no momento em que o crédito nasça ao comprador vendedor. O cedente fica vinculado; não pode revogar a cessão (ICARL LARENZ, *Lehrbuch des Schzddrechts,* ~, 3.~ ed., 290 s.; cf. W. SIEBERT, *Der reohtsgeschiiftliche Treuhandverhdltni.s,* 141 s.). O cessionário não é sucessor do cedente, razão por que pode opor tôdas as exceções que tinha contra o cedente, no momento da eficácia da cessão (SCHUMANN, *Die Forderungwabtretung im dcutschen, frarêztisi.schen und engli.schen Recht,* 109; HELMUT RÚHL, *Bigentumevorbehalt und Abza.h.tungsgesohdft,* 46; sem razão, A. VON TUHR, *Der Aflgemeine Teu,* II, 892; H.

Szan, *Schuldrech.t,* 140; F"R. LEONHARD, *Allpemeine Schu2drecht,* 656).

Oque é imprescindível é que a *cláusula de* cessão *dos créditos- futuros* seja precisa, determine os créditos de que se trata, ou aponte o critério para que suficientemente se determinem.

9.VINCULAÇÃO AO CURSO. O comprador pode vincular-se a dar curso à reserva de propriedade, quer se trate de reserva de domínio, quer de outro elemento real que não seja direito de garantia. (O direito de garantia prescinde da reserva: por si só êle deduz.)

A aquisição da propriedade pode ser adiada até que sejam pagos todos os créditos do vendedor contra o comprador, mesmo os que se originem da relação jurídica do negócio no futuro *(reserva de conta corrente,*). .A propriedade só se adquire com o integral pagamento; mas é preciso que se não deixe como a prazo indeterminado o pagamento. Os cálculos hão de ser de tal maneira concebidos „que se possa considerar determinável o prazo.

Fora dai, há extensão abusiva da garantia.

10. VENDEDOR NÃO PROPRIETÁRIO E CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE. Se o vendedor não é proprietário, a entrega do bem vendido com a cláusula de reserva de propriedade é como seria a

entrega do bem vendido sem reserva, pelo vendedor não-dono: há *ineficácia.* No direito brasileiro, a aquisição a *non domino* é excepcional. Tratando-se de bem móvel, rege o art. 622 do Código Civil; ou, se o bem é adquirivel pelo outorgado de boa fé *(e.* g., títulos circuláveis), pela *lez apecialis.* Quanto aos bens imóveis, é de mister a transcrição no Registo de Imóveis (Código Civil, art. 580, 1).

O comprador que dispõe do bem que lhe foi entregue com reserva de propriedade, sem que já se lhe haja transferido a propriedade, comete crime.

r

11. ESPECIFICAÇÃO, CONFUSÃO , ADJUNÇÃO E MISTURA. Se o comprador adquire os bens com reserva de propriedade, mas ocorre especificação <Código Civil> sais. 611-614), ou confusão, ou adjunção, ou mistura (arte. 615-617), regem os princípios do direito das coisas, O comprador, que somente tinha a posse, pode vir a adquirir. Surge, aqui, a questão da *cláusula de afastamento da aquisição originária pelo comprador. Se no contrato de compra-e-venda se disse que o comprador pode ou deve transformar o bem -"para o vendedor", ~entende-se que o comprador não adquire a propriedade? A resposta é negativa (sem razão, WALTER ERMAN, Handkoqnmentar zum BGR., 8; duvidoso, HELMUT RtYHL, Eigentumsvorbeholt und Abzahlíungsgeschttft, 188). O que se pode pactar é constituto possessório; para que, no caso de inadimpleniento, a propriedade do nôvo bem passe ao vendedor (KARL LARENZ, Lehrb¶wh des Sohuldrechts, II, 78).*

§ 4.327. A quem se presta o bem

1. PRINCíPIOS. O. bem há de ser prestado, ordinàriamente, ao comprador. Pode êle indicar onde e como se presta-e quem lhe faz as vêzes. A prestação em determinado lugar público ou em repartição é prestação que independe de quem presta pelo vendedor.

2.CONTRATO COM RESERVA DE NOMEAÇÃO DO OUTORGADO. Quando o contrato de compra-e-venda é feito com a reserva de se nomear, depois, o outorgado adquirente, a indicação da pessoa e a aceitação de sua parte, bem como a assunção dos deveres oriundos do contrato têm de ter a mesma forma que se exige ao contrato.

Assim, a *cláusula de nomeação posterior do outorgado* há ter a mesma

sorte que o contrato de compra-e-venda.

Vale isso em todo o direito privado.

8.ANTECIPAÇÃO DA INFORMAÇÃO DO CONTRATO. Quando a lei exige ao contrato de compra-e-venda o instrumento público e os interessados ainda não querem que seja lavrado, têm-se usado dois expedientes cuja validade precisa ser discutida:

a) o de s~ fazer pré-contrato, no qual se prometa o contrato definitivo, com as formalidades exigidas por lei; *b)* o de se lavrar, desde logo, embora em forma inadequada, o contrato de compra-e-venda, com alusão à enformação futura. Quanto ao primeiro, já assentamos que o pré-contrato não está adstrito às regras jurídicas sôbre forma que se referem ao contrato prometido (Tomo XIII, §§. 1.482, 5, e 1.485). Quanto ao emprêgo de forma que não é a do contrato para fim de antecipação da conclusão, há nulidade, por infração de regra jurídica sôbre forma. Não há ratificação possível, nem ato recognitivo, que possa tornar eficaz, desde a data do primeiro contrato..

a compra-e-venda. Tudo isso, que áe tem afirmado, é absurdo. Se o contrato não pode ser interpretado como pré-contrato, nulo é, e pois ineficaz.

A promessa de transmissão de propriedade imóvel está sujeita a exigência de forma especial que a lei faz para a transmissão de tal propriedade *(e.* g., Código Civil, art. 134, II). Dá-se o mesmo a respeito de qualquer promessa de transmissão de propriedade que só se opere mediante registo. Assim, todo contrato de compra-e-venda ou de troca tem de obedecer à regra jurídica que exige forma especial ao acôrdo de transmissão da propriedade. Isso de modo nenhum implica que esteja subordinado ao mesmo regramento sôbre forma o pré-contrato de compra-e-venda, porque o pré-contrato não é promessa de transmissão, como a compra-e-venda e como a troca; é promessa *de contratar* compra-e-venda, ou troca.

4.FATURA. A *fatura* é instrumento unilateral do vendedor, não contém o acôrdo de vontades, o consenso; mas simples comunicação de conhecimento sôbre o objeto e a manifestação implícita ou explícita de vontade de vender. Tem de ter o nome do vendedor, o nome do comprador, a indicação da mercadoria, com a referência à qualidade ou às qualidades, quantidade, pêso ou medida, número de volume, embrulhos ou pacotes, ou peças e o mais que sirva para distingui-las

ou jndividuá-las (marcas de indústria ou de comércio, impressos, côres), preço, tempo, lugar e modo de pagamento, nome do caixeiro viajante que fêz a operação, trem, navio ou avião pelo qual se expede, modo de expedição, despesas com impostos, transportes, comissões e seguros.

A fatura é lançada no *copiador especial,* legalmente formalizado.

Se foi escrita no fim da conta de aviso de expedição, diz-se *carta-fatura.*

A fatura prova o contrato. Se o comprador a recebe, acompanhando a mercadoria, sem que imediatamente a repila, tem-se por feita a *tradição.* Diz o sai. 200, Inciso 3, do Código Comercial que se tem por tradição (simbólica, lá está escrito), salvo a prova em caso de firro, fraude ou dolo, "a remessa e aceitação da fatura, sem oposição imediata do comprador

r

A prova da fatura é contra o vendedor. Se o comprador explícita ou implícita ou tàcitamente não a recusa, faz prova contra o comprador (Código Comercial, art. 219; Reg. n. 787, de 25 de novembro de 1850, art. 152: "Entre os escritos particulares que servem de prova no juízo comercial, ou por si sós ou acompanhados de outras provas, compreendem-se: § 5□O As contas comerciais, balanços, faturas, minutas de contratos e negociações, ou não reclamadas, ou escritas, ou assinadas pelas partes contra as quais se produzem").

Lê-se no Código Comercial, art. 219: "Nas vendas em grosso ou por atacado entre comerciantes, o vendedor é obrigado a apresentar ao comprador por duplicado, no ato da entrega das mercadorias, a fatura ou conta dçs gêneros vendidos, as quais por ambos serão assinadas, uma para ficar na mão do vendedor e outra na do comprador. Não se declarando na fatura o prazo do pagamento, presume-se que a compra foi à vista (art. 187). As faturas sobreditas, não sendo reclamadas pelo vendedor ou comprador dentro de dez dias subseqUente-a à entrega e recebimento (art. 185), presumem-se contas lÍquidas".

A fatura é posterior ao contrato de compra-e-venda; mais:

prova a execução voluntária do contrato pelo vendedor, bem como que o contrato, cuja prova ela apenas inicia, unilateral-mente, ou reafirma (se já houve instrumento do contrato).

Tira-se a fatura em duas vias, que o vendedor assina, remetidas ambas ao comprador, para que assine o duplicado e lho devolva. Se o comprador não assina e não o devolve, dá-se a incidência do art. 219, 3,a parte, do Código Comercial (= 2.8 alínea).

Além das faturas comerciais, de cujo duplicado nasceu, com originalidade do pensamento jurídico brasileiro, a *duplicata mercantil,* bá as *faturas consulares* e as que são destinadas ao pagamento do impOsto de sêlo proporcional sObre as compras- -e-vendas mercantis, ditas *faturas fiscais.*

As faturas consulares destinam-se a exigência e fiscalização dos impostos e taxas aduaneiros de importação.

Provêm elas do Decreto n. 169, de 25. de abril de 1891, que se inspirara na recomendação da Conferência Pan-americana ("consular in voices"). O Decreto ri. 64S-C, de 21 de novembro de 1891, regulamentou o Decreto *ri.* 169.

A recepção da fatura sem repulsa importa integração da prova, pela eficacização contra o comprador. (Evitemos falar de aceitação, porque fatura não é oferta.) A recepção sem repulsa pode resultar de o comprador não reclamar nos dez dias subseqUentes ao recebimento (Código „Comercial, art. 219, □

3 a parte), ou de assinatura do

comprador (fêz sua, expilcitamente, a prova >, ou se, por exemplo, o comprador aliena a mercadoria, ou paga, após recebê-la, o preço da compra-e-venda, ou parte dêle (recepção com tácita integração).

Questão delicada é a que exsurge das *modificações* e *adendos* que o vendedor faz à fatura. Alguns admitem que o silêncio do comprador baste, mas isso seria transformar em oferta a fatura, e fatura não é oferta: a fatura é ato unilateral posterior o contrato. Outros exigem, para que o silêncio atue, que se haja advertido o comprador. Isso seria permitir-se ao vendedor afastar-se do contrato, criando a situação de ser consentimento o silêncio do comprador.

Não se pode modificar ou aumentar contrato sem haver novação, ou distrato de um e conclusão de outro. De qualquer modo, contrato modificativo supõe nOvo contrato (oferta e aceitação, instrumentação).

CAPLTULO II

RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR PERANTE O COMPRADOR, QUANTO AO OBJETO VENDIDO

§ 4.328. Responsabilidade por ato próprio, positivo ou negativo

1.DEVER DO VENDEDOR. Os atos, positivos ou negativos, do vendedor, depois de ter cumprido a dívida, que r

possam prejudicar o comprador, são atos ilícitos absolutos. Pode ocorrer que sejam ou também o sejam atos ilícitos relativos (contratuais>. Dois exemplos: o vendedor que acordou na transmissão do direito de propriedade não pode deixar de exibir ou de entregar documento que se repute necessário à transferência do direito de propriedade; o vendedor da emprêsa não pode fundar outra que retire ou diminua a clientela da emprêsa vendida.

Mesmo fora da compra-e-venda por amostras, ou a contento, se o vendedor tinha algo de fazer no bem vendido, é de entender-se que garantiu a qualidade do serviço (A. B. EHRLKH, *Die Geivàhrleistung wegen, Mãngel der Sache beim Kauf,* 38; LEO7POLD JULIUS, *Inswieweit ist der Verkiiufer nach dem RGR. zur Lieferung màngelfreier Ware verpftichtet?,* 11).

A violação do dever de prestar o bem pode ocorrer por ato positivo (II. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen,* 1 5.; AUGUST WITTENSTEIN, *Der § 326 des BGB. in seiner Auwen~dung auf dem Kaufvertrag,* 147 s.), como se o bem havia de ser transportado diretamente do armazém ou depósito para a entrega ao comprador, ou se êle o havia de buscar no armazém ou no depósito com todo o cuidado, e o vendedor levou a armazém ou depósito de outrem, ou diferente, ou se o confiou à guarda de outra pessoa, que o transportou.

2.REGRA JURÍDICA DO CÓDIGO COMERCIAL. Pôsto que o principio a

respeito seja geral, há regra jurídica explícita no Código Comercial, art. 214: "O vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente, no instrumento do contrato, que toma sôbre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que por algum título possa pertencer a terceiro".

(a) Quanto ao problema da responsabilidade pelo desvio ou dificultação ou retirada da clientela, por parte do vendedor, a jurisprudência e a doutrina puseram-no, desde o inicio da discussão, como problema de interpretação do art. 214 do Código Comercial. O vendedor é "obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida", mesmo quando se diz no contrato que "não fica sujeito a responsabilidade alguma". Todavia, se o comprador conhece o perigo ao tempo da compra-e-venda, vale e é eficaz a cláusula "expressa" de que "toma sôbre si o risco". Cumpre, ainda, observar-se que há a pré-eliminação de infração contratual se o vendedor é dono de dois ou mais estabelecimentos e só vende um.

b) Depois de se saber qual o gênero do negócio vendido, ou quais os géneros do negócio vendido, é que se pode saber se o ato do vendedor, anterior, simultâneo eu posterior à compra- e-venda do estabelecimento, atinge a clientela do comprador, em todos ou em alguns, ou em algum dos gêneros (e. g., 3.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de abril de 1930, *R. dos T.,* 113, 642; 2~a Câmara Civil, 12 de junho de 1951, 193, 874). Se a clientela existe, necessàriamente existe em certo espaço, razão por que a determinação da área é elemento indispensável. Mesmo se os gêneros são os mesmos, a distância pode afastar que se possa tratar de atingimento.

c) A responsabilidade é do *vendedor.* Núo importa se êh abriu estabelecimento em que figura como dono, ou se emprestou o nome, ou se é sócio da firma que o abriu, ou se entrou noutra firma que já era exploradora, ou se passou a ser o gerente ou o agente de relações públicas, a ponto de desviar, dificultar ou retirar a freguesia do comprador. Sôbre vendedor que se fêz sócio, a sentença de ERI DE CATEO e o acórdão da 2.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de junho de 1952 *(R. dos T.,* 203, 320; *R. F.,* 151, 281 >.

d) A responsabilidade é perante quem sucedeu na titularidade do estabelecimento, adquirindo-o. O comprador pode tê-lo vendido e, vendendo-o, êle vendeu o que era direito seu, de modo que a pessoa a quem comprou tem de abster-se de desviar, dificultar ou retirar a

freguesia enquanto o comprador possa ser responsabilizado pela pessoa que dêle o adquiriu. O sucessor pode mesmo chamá-lo à autoria.

O art. 214 do Código Comercial abrange mais do que a responsabilidade pelos vícios do direito e pelos vícios do objeto > porque atinge a própria atitude posterior do vendedor.. Não se restringe, pois, às ações edilícias.

e) A cláusula de ser proibido abrir ou adquirir outro estabelecimento, que desvie, dificulte ou retire a clientela, é supérflua, porque a responsabilidade está inclusa na responsabilidade de que trata, em geral, o art. 214 do Código Comercial (Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de dezembro de 1928, *R. dos T.,* 69, 533; 2.8 Câmara Civil, a 28 de outubro de 1952, 207, 238; 3,8 Câmara Civil, a 23 de dezembro de 1954, 235, 215, E. *F.,* 162, 206; 6.8

Câmara Civil, a 27 de abril de 1956, *R. dos T.,* 252, 193).

(13 A cláusula de poder abrir retira, negocialmente, a responsabilidade do vendedor, vale e é eficaz; e tem-se de repelir a interpretação de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tra..tado de Direito Comercial,* VI, 2.8 Parte,

.170, *verbú* "v& dando a sua revogação pelas partes") que não admitiu a restrição ou a eliminação da responsabilidade pelos contraentes. O art. 214 do Código Comercial, na 1.8 parte, considerou não-escrita a r

cláusula geral de não haver qualquer responsabilidade do vendedor, e não as restriçóes especiais ou as pré-eliminações especiais de responsabilidade.

Não é pressuposto para a responsabilidade que a clientela tenha sido o elemento principal do contrato, por mais importar a freguesia do que os objetos que foram vendidos no fundo de emprêsa. Ésse fato apenas pode ser argumento a mais, na apreciação da questão de fato, como aconteceu por ocasião do julgamento do Supremo Tribunal Federal, a 6 de agôsto de 1958 *(1?. F.,* 157, 190; *J. e D.,* 15, 109).

Tem-se de examinar, preliminarmente, qual a clientela que foi transferida, porque somente a respeito dela em sua extensão espacial e objetiva, isto é, quanto à área territorial e quanto às mercadorias do negócio é que se pode falar de desvio, de dificultação ou de retirada da freguesia. Pode ser toda a vila, ou povoado (sem se afastar que possa ser tôda uma cidade, embora menos fàcilmente ocorra), como se deu no caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a 1.0 de

dezembro de 1928 (D. A. MIRANDA‟ JR., *Repertório de Jurisprudência,* 1, *III,* 862-873).

§ 4.329. Responsabilidade pela evicção

1. PRINCÍPIOS. Já tratamos, no Tomo, XXXVIII, §§ 4.214-4.232, da responsabilidade pela evicção. Os arts.

1.107--1.117do Código Civil são invocáveis.

2. CÓDIGO COMERCIAL. :0 Código Comercial, art. 215, fala de "posse" e "domínio". As turbações que não se fundam em posse anterior ou em domínio anterior não configuram evicção. É preciso que o vicio seja *vicio jurídico,* isto é, que o autor da ação contra o comprador alegue direito ao domínio ou à posse, ou que exerça ações que lhe correspondam.

Lê-se no Código Comercial, art. 215: "Se o comprador fôr inquietado sôbre a posse ou domínio da coisa comprada, o vendedor é obrigado à evicção em juízo, defendendo à sua custa a validade da venda; e se fôr vencido, não só restituirá o preço com os juros e custas do processo, mas poderá ser condenado à composição das perdas e danos conseqúentes, e até às penas criminais, quais no caso couberem. A restituição do preço tem lugar, pôsto que a coisa vendida se ache depreciada na quantidade ou na qualidade ao tempo da evicção por culpa do comprador ou fôrça maior. Se, porém, o comprador auferir proveito da depreciação por Me causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que fôr estimada por arbitradores".

Se o comprador ainda não está na posse do bem comprado, ou ainda não lhe foi transferido o direito de proprie dade, como se ainda não se transcreveu o título, a turbação consiste no ato do terceiro que seja óbice à aquisição da posse ou do direito de propriedade.

Se o comprador tem fundada razão para temer a evicção, tem de depositar o preço, se já o tem de pagar, para que o vendedor remova o perigo, salvo se diferentemente se acordou. Se ainda não tem de prestar, o remédio jurídico processual é a *ação declaratória* ou a *intimação do vendedor* para que afaste o perigo.

Lê-se no Código Comercial, art. 216: "O comprador, que tiver feito benfeitorias na episa vendida, que aumentem o seu valor ao tempo da evicção, se esta se vencer, tem direito a reter a posse da mesma coisa

até ser pago do valor das benfeitorias, por quem pertencer". Cf. Código Civil, arts. 1.112-1.115.

§ 4.330. Responsabilidade pelos vícios do objeto

1.VÍCIOS REDIBITÚRIOS. O assunto dos vícios redibitórios, vícios do objeto, já foi explanado no Tomo XXXVIII, §§ 4.233-4.241. O Código Civil, arts. 1.101-1.106, acertadamente o retirou do direito sôbre compras-e-vendas para o colocar a respeito dos contratos comutativos. Os arts. 210 e 211 do Código Comercial correspondem a outra técnica legislativa, já superada.

Os prazos relativos à redibição e à redução (ação redibitória e ação *quanti minoris)* são preclusivos. Se houve sentença judicial, trânsita em julgado, o prazo é prescripcional e de vinte anos. Solução, essa, mesmo *de jure condendo,* acertada, porque já se não.necessita de provas, nem de atender-se a que o tempo pode agravar os vícios, ou diminuir-lhes a perceptibilidade (cf. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Sch,uldrechts,* II, 50).

O vendedor pode estar adstrito a implícita, ou tácita, ou explícita destinação do bem comprado, como se o vendedor é especialista em determinado uso do objeto, ou se a encomenda frisou para que se queria o bem (O.

HANAUSER, *Die Jslajtung des Verkíiufers f"Ur die Reschaffenheit der Waare,* 1, 49; F. KRICHELDORFF, *Haftung des Verkitufers bei behebbaren Mãngeln der Kauf sache,* 19 5.; JOHANN HASSLACHER, *Die Haftung des Verkíiufers flir Feh,ler und Mangel,* 10).

r

2. CÓDIGO COMERCIAL. Lê-se no Código Comercial, art. 210: "O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecera, «1 a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço".

Acrescenta o Código Comercial, art. 211: "Tem principalmente

aplicação a disposição do artigo precedente, quando os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de coberta que impeçam o seu exame e reconhecimento, se o comprador, dentro de dez dias imediatamente seguintes ao do recebimento, reclamar do vendedor falta na quantidade, ou defeito na qualidade; devendo provar-se no primeiro caso que as extremidades das peças estavam intactas, e no segundo que os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder. Esta reclamação não tem lugar, quando o vendedor exige do comprador que examine os gêneros antes de os receber, nem depois de pago o preço.

O comprador, em direito comercial, tem de reclamar, dentro de dez dias. Se o vendedor o atende, *toilitur quoestio.*

Se o não atende, ou se promete atender e não o faz, tem-se de proceder à perícia (Código Comercial, art. 217), o que, aliás, pode ser feito antes da reclamação. O art. 217 do Código Comercial exige a perícia e em tôrno disso houve discussões. Alguns acórdãos parece que afastam qualquer outro meio de prova *(e.* g., Supremo Tribunal Federal, a 2 de maio de 1921, *R. de 12.,* 65, 509; a 9 de agôsto de 1935, *R. dos* 7"., 99, 255 > ; outros admitem a prova testemunhal *(e. g.,* a 6 de setembro de 1934, 123, 157).

Os arts. 211 e 217 do Código Comercial nada têm com a entrega de mercadoria diferente <1!- Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de março de 1944, *1*-". *dos T.,* 151, 223). Ai, ou houve êrro, ou dolo.

A prova por exame pericial pode não ser-possível, como, por exemplo, se a repartição da saúde pública apreendeu as mercadorias, ou se as apreendeu, por se tratar de contra bando, a alfândega.

A prova não pericial é permitida sempre que a prova pericial não sej a possivel, ou para completar ou corrigir a prova pericial.

ADIMPLEMENTO PELO COMPRADOR

§ 4.331. Deveres do comprador

1. DEVER PRINCIPAL. O principal dever do comprador é pagar o

preço. Pode êle, porém, ter outros deveres, conforme já dissemos.

2.TEMPO E LUGAR DO PAGAMENTO DO PREÇO. Os contraentes estabelecem onde e quando se há de prestar o preço. Se nada se disse, explicitamente, cumpre investigar se houve algo de implícito, inclusive se algum uso prevê quanto ao lugar e ao tempo. Somente se não há cláusula explícita ou implícita é que se há de assentar *jus dispositivum,* portanto que o preço se deve prestar no lugar e no momento da entrega do bem. Se nada s& dispôs e é de afastar-se que o pagamento tenha de ser exigido à entrega do bem, no domicílio do vendedor é que se há de pagar a conta, salvo, ainda, se essa contém indicação diferente. Alguns estabelecimentos comerciais costumam cobrar periádicamente, ou com avisos prévios, nos domicílios dos devedores.

(Se tem de have contemporaneidade da tradição do bem e do pagamento do preço, não há exigibilidade sem que o outro contraente haja adimplido a sua obrigação. Aquêle, a quem se exige, mas a quem não se prestou, tem a seu favor a exceção *non adimpleti contractus.* Aliás, se a prestação não foi satisfatória, cabe a exceção *non riM*

adimpleti contractus.)

O pagamento do preço, se não foi antecipado, há de coincidir, em princípio, com a tradição do bem vendido ou dos bens vendidos. Não se passa o mesmo com a entrega do bem ou dos bens vendidos. Em princípio, o bem ou os bens são i)restados ao tempo da conclusão do contrato de compra-e -venda. O dinheiro, mais fácilmente transportável, fica subordinado ao lugar da tradição do bem vendido ou dos bens vendidos. O bem vendido ou os bens vendidos, êsses, são entregues,. em principio, no lugar e no tempo da conclusão do contrato de r

compra-e-venda, para que não fiquem ao vendedor as despesas da expedição, salvo se houve assunção.

Se as entregas são *por partes,* a cada parte há de corresponder o quanto, salvo cláusula explícita ou implícita ou tácita em contrário.

Em princípio, as compras-e-vendas são pagas no lugar em que se conclui o contrato. Cláusulas explícitas ou implícitas ou tácitas podem estabelecer que o sejam no lugar em que se entrega o bem, ou em que se entregam os bens.

No momento em que se entrega o bem ou em que se entregam os bens

é que se há de fazer o pagamento. Se o pagamento é feito no momento da conclusão do contrato com a expedição posterior, deve-se entender que se transferiu a posse no momento mesmo em que se concluiu o contrato, sendo a expedição ato do vendedor que nada mais tem com a propriedade e a posse, sem que isso afaste a responsabilidade do vendedor, pois que a expedição e entrega da posse imediata são serviços seus, incluídos nos deveres contratuais. Aliás, se foram determinados o tempo e o lugar do pagamento, é de assentar-se que no mesmo tempo e no mesmo lugar se há de fazer a tradição do bem, ou dos bens.

De regra, o têrmo para a entrega da posse imediata do bem é a favor do vendedor. Nada obsta, porém, a que se conceba têrmo a favor de ambos os contraentes, ou sé do comprador. Tem o ônus de alegar e provar que tal ocorre aquêle que sustenta haver cláusula explícita ou implícita, ou tácita, inclusive resultante das circunstâncias.

O comprador, como a vendedor, pode ter interêsse em que não seja entregue o bem, ou não sejam entregues os bens, antes do têrmo.

Quanto ao pagamento, há de ser feito no momento da tradição, ou da entrega efetiva. Se o comprador alega que há têrmo, ou condição, incumbe-lhe o ônus de alegá-lo e de prová-lo.

3. MOEDA DO PAGAMENTO. O comprador assume, com a conclusão do contrato, *divida pecunMria.* A moeda há de ter o curso legal ao tempo do pagamento. Não se distingue entre moeda papel e moeda metálica. Se, ao tempo da conclusão do contrato de compra-e-venda, outra era a moeda, então, tem de ser feito o pagamento em moeda equivalente, conforme os princípios concernentes à mudança da moeda <*e. g.,* cruzeiros, em vez de mil-réis>.

Se à moeda metálica se substitui outra, mais rica ou menos rica em ouro, ou em outro metal fino, isso não importa quanto à moeda de pagamento, uma vez que se manteve o *principio nominalistico.* A liberação tanto se dá se em moeda metálica a teor mais alto, ou menos alto, como se em papel. *De lege frrenda,* é possível estabelecer-se que a nova moeda terá correspondência proporcional à carga de metal fino, ou segundo outro critério, desde que, com isso, não se infrinjam *principios de direito intertemporal.* As questões constitucionais também podem exsurgir se há quebra do *principio de igualdade tperante a lei* (Constituição de 1946, art. 141, § 1.0), ou do *princípio de legalitariedade* (art. 141, § 2.0). O Estado, que se afasta do princípio nominalístico, ou que com êle permanece, está adstrito à convertibilidade forçada (conversão coacta pelo Te‟ uro Nacional). De

modo nenhum pode institui-la somente pa alguns negócios jurídicos, ou para pagamentos fiscais. Violaria o princípio da igualdade perante a lei.

Em principio, permite-se que o adimplemento do preço seja em determinada moeda metálica, ou conforme o valor de aquisição no momento da conclusão do contrato, ou da prestação. Porém as leis especiais cerceiam essa clausulação, ou apenas deixam aberta a possibilidade de liberação com o valor correspondente em moeda corrente.

As regras jurídicas sôbre as operações *em* moeda estrangeira são de direito público. Por bem dizer-se, as *leges apeciales* mordem o direito privado, com as conseqUências de estabelecimento normal da adimplibilidade em moeda corrente (moeda legal>, ou, excepcionalmente, com a sanção de nulidade. *De lege ferend,a,* a última atitude é condenável.

Pode acontecer que, no momento de adimplir, o comprador aceite a oferta do vendedor de receber em moeda estrangeira, ou êle mesmo ofereça pagamento em moeda estrangeira. Ésse negócio jurídico nada tem com o contrato de compra-e-venda; sobrevejo a êle; e rege-se por seus princípios próprios. Às vêzes, há apenas *dação em soluto,* pôsto que se possa caracterizar, no plano do direito público e do direito privado, o *negócio de câmbio de moedas estrangeiras.*

4. INFLAÇÃO E PAGAMENTO DO PREÇO. Com as inflações, quaisquer que tenham sido as suas causas, aumentam os preços e diminui o valor das quantias que se hão de prestar. Quem vendeu para receber mais tarde quantia certa expôs-se à desvalorização da moeda. Não corre tal risco quem vende e recebe desde logo. Mas quase sempre perde quem paga à conclusão do contrato de compra-e-venda e somente há de receber mais tarde o que comprou, se, no intervalo, o dinheiro se desvalorizou e o objeto vendido continuou com o mesmo preço.

r

Daí a invocação da *cláusula-ouro,* para que fiquem os contraentes livres das variações de preço, sem que isso afaste os inconvenientes das desvalorizações das moedas, uma vez que os preços mesmos se alteram.

O problema mais delicado é o que se prende à *mora do devedor,* quando sobrevém desvalorização da moeda.

Porém, no cômputo dos danos, tem-se de atender ao que, com a repercussão inflacionária, sofre o vendedor. Não precisa ter havido cláusula *rebus sio stantibus.* No direito brasileiro, as referências à cláusula *rebus sie stantibus* e a outras cláusulas com que se preocupam escritores de sistemas jurídicos imperfeitos mostram que não se atendeu a que, quando, no Brasil, se apreciam os danos, a avaliação há de ser em moeda do momento em que se vai pagar a indenização e conforme os valôres dêsse momento. É por isso que vêm de longa tradição os pedidos de novos *cálculos,* se após o cálculo feito e julgado correu muito tempo ou circunstâncias econômicas impõem a seu refazimento. Às vêzes êsse tempo foi devido a recursos, o que de modo nenhum retira a legitimidade do pedido.

5. TÍTULOS CAMBIÁRIOS OU CAMBIARIFORMES E ADIMPLEMENTO PELO COMPRADOR. Se o comprador, em vez de entregar a quantia em dinheiro, subscreve e emite ou aceita título cambiário ou cambiariforme (letra de câmbio, nota promissória, duplicata mercantil), pôsto que não se haja aludido ao título cambiário, ou cambiariforme, ou se haja aludido a êsse, o que, em princípio, se há de ter por assente é que houve *adimplemento pelo comprador.* As espécies foram explicadas no Tomo XXXVI, §§ 4.012, 8-10, 4.048, 3, e 4.079. A persistência das relações jurídicas do contrato de compra-e-venda depende do próprio contrato, sem que seja preciso ter havido cláusula explicita. Se tal persistência não foi pactada, em verdade houve prestação do preço, com o adimplemento, portanto, da dívida do comprador, e a assunção da dívida cambiária ou cambiariforme.

No caso de pagamento por cheque, o que se há de entender é que só o recebimento do quanto extingue a divida do comprador, que, para evitar as conseqUências disso, sói pagar com *cheque visado.*

Quanto à abstratividade do negócio jurídico do título cambiário ou do titulo cambiariforme, importa saber-se que, nas ações entre o obrigado cambiário que foi comprador e o vendedor as exceções pessoais podem vir a exame.

Dai não se tire o que é êrro freqUente em juristas dos Estados que foram tardos em receber os negócios jurídicos abstratos que a dação de título cambiário ou cambiariforme não importe, de regra, adimplemento da dívida do comprador.

6. PROVEITOS. Em princípio, desde que houve a transferência dos riscos, aS comprador tocam os proveitos, sendo seus os encargos com

o bem comprado. *Cuius çpericulum, eius est commodum.*

Cumpre advertir que as *acessões,* essas, vão ao comprador desde a conclusão do contrato, isto é, se incrustam no objeto vendido. Se o bem imóvel cresceu (formação de ilha, aluvião, avulsão, abandono de álveo, construção de obras e plantações), o direito do comprador é a todo o bem vendido. Se o vendedor une ao terreno outro terreno, aquêle não cresceu. Cf. Tomo XIX, § 2.257, 2; e PAUL OERTMANN <*Das Recht der SchuldverMltnisse,* 389>.

Quando a compra-e-venda é *compra-e-venda de remessa simples,* o momento da entrega é que decide dos proveitos e dos ônus.

Lê-se no Código Comercial, art. 207: "Correm, porém, a cargo do vendedor os danos que a coisa vendida sofrer antes da sua entrega: 1. Quando não é objeto determinado por marcas ou sinais distintivos que a diferenciem entre outras da mesma natureza e espécie, com as quais possa achar-se confundida. 2. Quando, por condição expressa no contrato, ou por uso praticado em comércio, o comprador tem direito de a examinar, e declarar se se contenta com ela, antes que a venda seja tida por perfeita e irrevogável. 8. Sendo os efeitos da natureza daqueles que se devem contar, pesar, medir ou gostar, enquanto não forem contados, pesados, medidos ou provados; em tais compras a tradição real supre a falta de contagem, peso, medida ou sabor. 4. Se o vendedor deixar de entregar ao comprador a coisa vendida, estando êste pronto para a receber.

Os contraentes podem estabelecer diferentemente, porque tôdas as regras jurídicas sôbre isso são, de ordinário, *iws dispositivum.* A cláusula ou o pacto pode ser explícito ou implícito. Também pode ser tácito.

Nas compras-e-vendas em que o objeto só se há de entregar a longo prazo, os proventos são do vendedor. Mas, na compra-e-venda das vacas prenhes, os bezerros são do comprador, mesmo se nascem antes da entrega.

„7. INTERÊSSEs No direito brasileiro, ou os juros foram estipulados, ou os juros são apenas moratórios. Se os contraentes aludiram a juros sem menção da taxa, entendem-se os juros de seis por cento ao ano <Código Civil, art. 1.068).

Mesmo se o vendedor já entregou o bem vendido ou os bens vendidos, não deve o comprador juros sôbre o preço, r

que ficou para pagamento posterior, *salvo estipulação em contrário.* <Diferentemente, o art. 1.499 do Código Civil italiano, sôbre juros compensatórios ou interêsses compensatórios.) Os juros compensatórios somente podem resultar de cláusula explícita ou implícita, inclusive de usos. Não há distinguir dos casos em que o bem vendido ou os bens vendidos produzem frutos os casos em que o bem vendido ou os bens vendidos não os produzem, quer se trate de frutos naturais quer de frutos civis. Se o comprador não tem direito aos frutos, desde a conclusão do contrato de compra-e-venda, isso há de ser em virtude de cláusula contra~uai, explícita ou implícita; de modo que se não justificaria que tivesse, em princípio, de prestar juros (interêsses compensatórios). Se o comprador incorre em mora, muda de figura. Então, o vendedor tem pretensão à indenização, que pode ir além dos juros moratórios.

Para que, no direito brasileiro, haja pretensão a juros é preciso que haja mora, ou estipulação de juros independentemente de mora. A mora, se há inadimplemento de dívida, positiva e liquida no seu têrmo, ou se é à vista a compra-e-venda, constitui-se de pleno direito (Código Civil, art. 960). No direito comercial exige-se a interpelação judicial para os *efeitos* da mora (Código Comercial, art. 205), o que, em direito civil, só é de mister se a dívida não é à vista, nem a prazo determinado.

8. INDENIZAÇÃo. Se o vendedor estava adstrito a entregar o bem livre de gravames e de ônus, tem o comprador ação para exigir que o bem fique sem gravames e ônus, com a indenização pelo atraso no adimplemento bom. Por falta dêsse, é exercível a pretensão à resolução do contrato (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único).

Se o cumprimento da dívida"foi tal que se não transferiu a propriedade dos bens, ou a posse, como se devia transferir, é caso de adimplemento parcial que se trata como inadimplemento total. Por exemplo, comprou-se a casa ou a loja para instalação comercial e o locatário obtém contra o vendedor renovação de contrato. Outrossim, se a fazenda tinha de ser cultivada imediatamente.

Se algum terceiro tem direito à posse do bem entregue, o comprador somente tem pretensão à indenização: a) se o comprador tevu de respeitar, voluntàriamente ou em virtude de sentença, trAnsita em julgado, o direito do terceiro, cabendo-lhe o ônus de alegar e provar que era o terceiro o titular do direito (se houve ação, o comprador teve de citar o vendedor por se tratar de pretensão à responsabilidade pela evicção); *b)* se o comprador é herdeiro do terceiro ou o terceiro

herda dêle, ou quando o comprador adquire do terceiro o bem (mesmo se se trata de doação ao comprador, B. WINDSCHETD, *Lehrbuck,* II, 93 ed., 681), ou o afasta por prestação correspondente, salvo se o afastamento não é total *(e. g.,* o terceiro apenas acordou em que o comprador permanecesse na posse como comodatário ou locatário; o) quando o comprador restitui o bem ao vendedor, ou lhe cede a pretensão à entrega; *d)* se o bem pereceu, tendo ficado ao vendedor os riscos; *e)* se, após a conclusão do contrato de compra-e-venda, se torna impossível a prestação, sem culpa do vendedor, que terá de devolver o preço, se o recebera.

§ 4.332. Obrigações outras do comprador

1.PAGAMENTO DO PREÇO E DÍVIDA DE OUTRAS PRESTAÇÕES.

Além de ter de prestar o preço, pode o comprador, pelo contrato de compra-e-venda, ter de: *a)* prestar serviços ou obra na determinação do bem vendido ou dos bens vendidos; *b)* escolher o que tem de ser prestado, ou de colaborar na escolha, ou de auxiliar a atividade de seleção; o) providenciar quanto a documentos e atos necessários à expedição, inclusive à exportação ou à importação interestatal, ou intraestatal; *d)* praticar atos ou obter documentos necessários à transmissão da propriedade.

A infração de qualquer dêsses deveres é determinante de *mora dçbitoris,* e não de *mora creditoris,* e rege-se pelos princípios concernentes àquela.

Parte V. Inadimplemento e suas consequências

2. CLÁUSULAS CONTRATUAIS.

A obrigação, em todos êsses casos, só existe se resulta da cláusula explícita, ou implícita, inclusive se há uso do tráfico. Todavia, se a omissão do comprador dificulta ou impede o adimplemento pelo vendedor, tem-se de admitir que o vendedor deposite o bem, ou deposite os bens, suscitando a prova da *mora debitoris.* Os próprios comerciantes não podem ficar sujeitos a guardar os bens que venderam, pois isso lhes aumentaria as despesas e ocuparia lugar para os sortimentos novos.

r

Se, com a infração de deveres, o comprador dificulta ou impede a prestação pelo vendedor, há a responsabilidade pelos danos e a ação de resolução do contrato. A infração foi de *dever*.

INADIMPLEMENTO E AÇÕES

§ 4.333. Pretensões e obrigações

1. DIvIDA E PRETENSÃO. Desde que se conclui o contrato de compra-e-venda, há vinculação, com a irradiação de deveres. Nem sempre já se tem a pretensão quando se tem o crédito; nem sempre já se está em obrigação quando se deve. Se a compra-e-venda é a prazo, quer quanto ao objeto quer quanto ao preço, o vendedor já deve e já deve o comprador, porém ainda não nasceu ao vendedor a pretensão, nem a pretensão nasceu ao comprador. Nenhum está obrigado. No *dies ad quem,* nasce a obrigação para quem era devedor e a pretensão para quem era credor.

2. INFRAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. Se o contratante não presta já estando obrigado, incorre em mora. No direito civil, se havia dia certo, *Dies interpeliat pro homine.* No direito comercial, exige-se para a eficácia da mora, que tenha sido feita, após dez dias, a interpelação judicial.

Lê-se no Código Comercial, art. 205: "Para o vendedor ou comprador poder ser considerado em mora, é necessário que preceda interpelação judicial da entrega da coisa vendida, ou do pagamento do preço". Não há eficácia da mora, em se tratando de compra-e-venda mercantil, antes da interpelação judicial para que se entregue o bem vendido, ou se pague o preço.

Não se pode dizer que, em direito comercial, não há mora sem interpelação judicial. O que não ocorre, antes da interpelação judicial, é a *eficácia* da mora. O art. 138 do Código Comercial não pode ser interpretado díversamente, pôsto que haja erros de expressão em julgados (*e. g.,* Tribunal de Justiça da Paraíba, 30 de maio de 1952; Supremo Tribunal Federal, 20 de novembro de 1952, *J. e D.,* 23, 48). Cf. Tomo XXIII, § 2.803, 1. O art.

138 é *jus dirpositivum.* O art. 205, êsse, se refere à mora, e não à eficácia, e também é regra jurídica dispositiva.

Os contratantes podem preestabelecer que o comprador, em caso de mora do vendedor, adquira no mercado os bens que foram vendidos. A cláusula há de ser inserta, explícita ou implicitamente, no contrato de compra-e-venda. Pode mesmo ser tácita. Não há, porém, tal uso do tráfico.

3. JUROS DA MORA E DANOS. O interêsse expresso pelos jurps da mora (interêsse moratório) pode não bastar para cobrir os danos. O comprador responde pelo não- pagamento do preço, pelos juros da mora e pela indenização dos danos que hajam ocorrido. O devedor responde pelos prejuizos que a sua mora der causa (Código Civil, art. 956). Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-Ia pelo modo e na tempo devidos (e no lugar devido), responde o devedor por perdas e danos (art. 1.056). O direito brasileiro não recebeu a regra jurídica do Código Civil francês, art. 1.158 (oriunda de R. POTHIER, *TraiU des Obligations,* n. 170), nem a do Código Civil austríaco, § 1.833, que aliás foram modificadas em 1900 e 1923, respectivamente.

Os juros moratórios não esgotam a indenização (cf. Código Civil alemão, § 288; Código Suíço das Obrigaçóes, art. 106; Código Civil brasileiro, arts. 95Ç e 1.056). A função dêles é a fluição de interêsses às dividas pecuniárias, ou que se tornaram tais, na liquidação. Contam-se sem que se precise de alegar e provar o dano (Código Civil, art. 1.064).

Se o comprador ou o vendedor, devido a mora de devedor (vendedor ou comprador), teve de vender bens ou assumir divida para comprar o bem que lhe havia de ser entregue, ou para ter o destino que corresponderia ao preço, a juros provâvelmente mais altos, há dano além da taxa dos juros. O ad. 1.061 do Código Civil tem de ser interpretado no sentido dos arte. 956 e 1.056.

No direito brasileiro, a cláusula sabre juros moratórios acima da taxa legal não pré-exclui o atendimento dos danos a mais. Quer dizer: não há, no sistema jurídico brasileiro, regra jurídica que diga “se houve cláusula sôbre juros moratórios acima ou abaixo da taxa legal, não há indenizabilidade dos danos que a excedem”. *Allter,* no Código Civil italiano, art. 1.224, alínea □

2 a, 2~a parte:

“Questo non ê dovuto se éstatta convenuta la misura degli interessi moratori”.

Desde que há a mora e há indenizabilidade, deve-se o que há de ser

pago e devem-se os juros moratórios que fluirem (nU *litas tem pons)*.

r

Os juros compensatórios, êsses, são juros que independem da mora e correm antes dela, ou depois dela, sem que a mora os altere. Mesmo a propósito da mora em prestá-los fluem os juros moratórios.

O art. 249 do Código Comercial disse que, "nas obrigações que se limitam ao pagamento de certa soma de dinheiro, os danos e interêsses resultantes da mota consistem meramente na condenação dos juros legais". O art.

249 está inserto no capítulo do mútuo, e de modo nenhum se pode referir a contratos em que as obrigaçóes não consistem somente no "pagamento de certa soma de dinheiro", como é o caso do contrato de compra-e-venda, do contrato de locação de coisas e de serviços e de outros contratos. Mesmo em se tratando de mútuo, para que seja invocável o art. 249 do Código Comercial, é preciso que se trate de mútuo de dinheiro. O art. 1.061 do Código Civil tem de ser entendido como só se referisse a contratos em que sómente há a obrigação de prestar pecúnia.

O art. 1.061 do Código Civil não é exceção aos arts. 1.056, 956, 957, nem a outras regras jurídicas do Código Civil. O Código Civil francês, art. 1.153; dizia: "Dans les obligations qui se bornent au paiement d‟une certame somme, les dommages et intérêts résultant da retard dans l‟exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; ~auf les rêgles particuliéres au commerce et au.cautionnement". O

texto ficou, como 1.8 alínea. Acrescentou-se em 2.8, 3.~ e

alíneas: "Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créander soit tenu de justifier d‟aucune perte. lIs ne sont das que le jour de la sommation de payer, exceptá dans les cas oú la loi les fait courir de pIem droit. Le créancier auquel son dêbiteur en retard a causá, par sa mauvaise foi, une préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance".

No Código Civil austríaco, § 1.833, diz-se que "o dano qua o devedor causar a seu credor pelo retardamento no pagamento ajustado do

capital devido se indeniza por meio dos interêsses fixados pela lei". O problema que se levantara, a respeito disso, ou, melhor, com a interpretação estrita, no direito francês e no austríaco, permaneceu até que viesse a Lei francesa de 7 de abril de 1900 e a decisão do Tribunal Supremo da Áustria, a 8 de março de 1928, assentasse a interpretação, afeiçoando à ciência o êrro de técnica legislativa. Aliás, a solução já era a de alguns juristas austríacos, J. UNGELt e J. VON SCHEY àfrente. O § 1.383 não poderia ser tido como exceção ao

§ 1.324 (J. VON SCHEY, *Di.e Obiigationenverhãltui.sse,* 1, 1, 582 s.).

O vendedor tem de alegar e provar que os danos foram além do que se fixa na taxa legal, ou no que se reputou, no contrato, juro moratório, se os danos não somente decorreram da mora.

O que não resulta somente da mora e o que não é o fluir independente do dano, isto é, o que se não há de imputar apenas ao emprêgo do dinheiro, é ressarcivel, mesmo que a causa tenha sido a *mora sotvertdi.*

As regras jurídicas sôbre juros moratórios apanham os inadimplementos em prestações em moeda nacional, ou em moeda estrangeira, não só as obrigações pecuniárias como também as de espécie monetária.

O art. 1.061 do Código Civil de modo nenhum apanha as obrigações de moeda individuada (moeda para coleção numismática). Ali, os juros da mora são juros da quota que corresponda ao preço e aos danos. Aí, não se pode falar de juros da mora a que não haja correspondido dano indenizável.

A regra jurídica do art. 960 do Código Civil é a da mora sem dependência de interpelação, a da *mora ex re.* Nada tem com a superada regra jurídica Li *ifliquidis nou fit „mora,* que éestranha ao direito brasileiro (Tomo XXXIII, §

2.802, 4; cf. FRANCESCO MESSINEO, *Mtinuale di Diritto cominerciale,* II, II, § 119; A. DE Cuns, *li Dauno,* 221; já antes, GIOVANNI MESSA, *L"Obbiigazione degli iitteressi e te sue .f anti,* 241).

Feita a liquidação, sabe-se de quando se deve e o que se deve. SObre o cômputo contam-se os juros da mora, sem se preocupar o juiz com a data em que se operou a liquidação.

§ 4.334. Ações

1. CONSEQÚÉNCIAS DA INFRAÇÃO DA OBRIGAÇÃO . Se quem está obrigado a prestar não presta, à pretensão ou às pretensões do credor nasce *ação* ou nascem *ações.*

2. ENTREGA E INDENIZAÇÃO. A ação para adimplemento é ação para a entrega, ora do bem ora do preço.

Há, porém, quanto à entrega, a indenização em caso de mora, e, quanto ao preço, os interêsses e ressarcimentos oriundos da mora no pagamento.

Os bens, quando se destinam a revenda, dão ensejo a que o comprador, que os não recebe, fique em dificuldade r

para os prestar aos recompradores. Os danos são indenizáveis. Ésses tnos consistem no que se deixou de ganhar e no que se teve de indenizar, ou no importe da diferença entre o preço pago e o que se teria de despender para prestar ao recomprador, mais o lucro razoável.

Quem compra por 5 para que se entregue o bem po dia 2 de janeiro e, ao recebê-lo, com mora do vendedor, já o não pode revender por 5, ou 5 *mais* o lucro razoável (o que em parte depende de já ter pago o preço, ou não), tem pretensão à indenização.

Se houve a mora, sem purga, e o vendedor foi demandado, há três elementos que se hão de considerar: o preço, o valor ao tempo da mora, *se cresceu,* ou o valor ao tempo da liquidação, por indenização total, se maior do que ao tempo da mora. Se o vendedor demandado presta o bem em virtude da sentença na açáó proposta, tem pretensão à diferença entre o valor ao tempo da mora e o preço, se diminuiu em relação àquele o valor ao tempo da entrega.

Se o valor ao tempo da liquidação é maior do que o preço e do que o valor ao tempo da mora, só se tem de indenizar o interêsse de não uso do bem, danos e despesas que em virtude da mora tenha feito o comprador.

3.RESOLUÇÃO OU RESILIÇÃO INDEPENDENTEMENTE DE AÇÃO. - Os contratantes podem preestabelecer que, infringida alguma cláusula explícita, se opere de pleno direito a resolução ou a resilição.

Então, não se precisa de propositura de ação. *À* manifestação de

vontade, a êsse respeito, há de ser apressa e sem qualquer dúvida. Na dúvida, só se há de entender que a resolução ou a resilição só se dá por sentença do juiz.

No direito brasileiro, não há a regra jurídica do Código Civil italiano, art. 1.517: "La risoluzione ha luogo di dirittc a favore del contraente che, prima della scadenza del termine stabilito, abbia offerto all‟altro, nelle forme di uso, la consegna della cosa o 11 pagamento dei prezzo, se l‟altra parte nou adempie la proprie obbligazione". Aí, há confusão entre *resolução,* que há de ter causa em ato previsto pelos contraentes ou pela lei, e *distraio,* ou *corninação.* Se um dos contraentes, ainda não inadimplente, teme que o outro não venha a adimplir e lhe propõe que se desfaça a eficácia do contrato, em verdade propôs distrato: se o outro contraente não adimple, aceitou a oferta de distrato. Se abstraímos dessa oferta (de entregado bem ou do preço, mas, no fundo, oferta de distrato), o inadimplemento por si só daria ensejo à pretensão à resolução , dependente, em todo o caso, de decisão judicial. O

art. 1.517 do Código Civil italiano dispensou a ação e, pois, a decisão judicial, considerando como oferta preventiva a que o contraente fêz. Consequência: se sobrevém propositura de ação, há *ação declaratória,* e não *ação constitutiva negativa.*

No direito brasileiro, a oferta nos têrmos acima referidos seria oferta de distrato, que poderia ser com a cláusula de dispensa de resposta, considerando-se *aceitação* o inadimplemento. Até aí pode ir a interpretação do art. 1.084

do Código Civil brasileiro, *verbis* "o proponente a tiver dispensado". Se o outro contraente responde, aceitando, antes de ter de adimplir, o distrato está feito, desde que se haja observado ~ art. 1.093 do Código Civil. Se responde, recusando, nada feito.~ A cláusula a que se refere o art. 1.084 somente poderia ser eficaz se o outro contraente não respondeu e não adimpliu.

No direito italiano, tomou-se a declaração do contraente como *declaração unilateral de resolução,* mas, se assim é, a automaticidade precisaria de têrmo mais próprio (no art. 1.517 do Código Civil italiano fala-se de resolução

"di diritto").

É evidente que o Código Civil italiano, art. 1.517, foi infeliz na terminologia. A resolução por declaração unilateral de vontade, sem

ter sido prevista, no contrato, tal declaração, é chocante. Por outro lado, o que o art.

1.517 do Código Civil italiano criou foi desconstituição automática, e o legislador trocou "automàticamente" por

"di diritto". Eficácia "di diritto" é eficácia em virtude de lei, de regra jurídica, e o art. 1.517 do Código Civil italiano está a falar de "offerta", expressão também infeliz, pois mais se comina do que se oferece quando se faz a declaração de vontade a que se refere o art. 1.517 do Código Civil italiano.

AÇÕES DO COMPRADOR E AÇÕES DO

VENDEDOR

§ 4.335. Princípios gerais

1.PRELIMINARES. O comprador é titular de direitos, de pretensões, de ações e de exceções, como o é o vendedor. Algumas ações são comuns; outras apresentam algumas diferenças, razão por que devemos cogitar de umas e de outras, em gera] e, depois, separadamente.

r

2.AçÃo DECLARATIVA. Em qualquer tempo, após a conclusão do contrato de compra-e-venda, pode o vendedor ou o comprador propor ação *declarativa* de qualquer direito, ou dívida ou dever, ou pretensão, ou obrigação, ou ação, ou exceção, que resulte do contrato.

A dívida pode existir antes da obrigação, o que, por exemplo, ocorre nas compras-e-vendas com dia para a entrega. Se o vendedor não presta, no devido tempo, o bem, incorre em mora, devendo, para isso, se mercantil a compra-e-venda, serjudicialmente interpelado pelo comprador. No dia em que o vendedor ou o comprador deve prestar nasce a obrigação. Senão presta, há a *mora solvendi.* Em vez de propor a ação de diminuição do preço *(quantiminoris),* pode o comprador propor apenas a *ação declaratória,* para que o vendedor seja considerado como tendo concordado com as despesas do comprador no consêrto ou extinção do vícioculto (JAKOB

LEISTNER, *Pie Haftung des Verkdufers wegen.Mângel der Kauf sache,* 57). Se houve acôrdo provado, o ven-dedor está vinculado.

3. AÇÃO DE CONDENAÇÃO POR INFRAÇÃO DE DEVER PELO VENDEDOR E PELO COMPIU.N > L A mora não se refere só à prestação do bem ou à prestação do preço. Há mora sempre que se tinha de adimplir algum dever e nao se adimpliu.

Se, antes de surgir a obrigação, a vendedor ou o comprador manifesta o propósito de não a cumprir, tem-se por violado o contrato, com base para a resolução ou para a ação de condenação por inadiolimento , se o outro contratante não prefere aguardar o tempo em que nasça a obrigação e se dê a infração.

No direito comercial, exige-se a interpelação judicial, quer para os efeitos da *nwra solvendi* do vendedor quer para os efeitos da *mora solvendi* do comprador (Código Comercial, art. 138: "Os efeitos da mora no cumprimento das obrigações comerciais, não havendo estipulação no contrato, começam a correr desde o dia em que a credor, depois do vencimento, exige judicialmente o seu pagamento"). A regra juridica do art. 138 do Código Comercial é *ius Jispositinnt.* O contrato pode conter cláusula sôbre os efeitos imediatos da mora, independentemente, portanto~ da interpelaçAo judicial.

A interpelação pode ser logo após a mora, ou depois (cf. Câmaras Civeis Reonidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 21 de julho de 1916, *R. do D., 46,* 358), só não o sendo eficase a dívida precluiU ou prescreveu a pretensão . Tem de ser feita ao contratante inadimplemento , ou ao seu repreSentante e não ao intermediário (Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de maio de 1919 e 19 de março de 1920, *1?. dos T.,* 30, 30, e 84, 48).

Na citação do devedor, quando se propõe contra êle a ação para cobrança, está inclusa a interpelação judicial (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de julho de 1922 e 11 de dezembro de 1923, 2?. *dos* 2‟., 44, 4$ s., e 49, 588).

O direito brasileiro não tem o adimplimento da divida ao vendedor, por ato do próprio credor (justiça de mao propria, como se o comprador, diante do inadimplemento , se prontifica a comprar no local, por conta do vendedor o bem que a vendedor deixou de prestar. O sistema jurídico brasileiro não tem o art. 467 do Código Comercial argentino. Se o outro contraente aceita o que se lhe propôs, há outro contrato, que não *é* o de compra~e-venda. entre o contraente credor e

o contraente devedor.

A prorrogaçao do prazo, no contrato de compra-e-venda. pode dar-se mediante acôrdo expresso (explicito ou iniplicito) ou tácito (Côrte de Apelação do Distrito Federat 21 de agôsto de 1927, *R. de O., 7S, 367)*. O ônus da prova toca a quem o alega.

4. AçÀO PARA ADIMPLEMENTO E AÇÃO DE RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO Se o vendedor não entrega, no lugar, no tempo e pelo modo ajustado, ao comprador o bem que lhe vendeu, tem êsse a ação *para adimplemento,* com a indenização das perdas e danos que decorreram da mora do devedor, OU a *ação de resolução do contrato por inadimplemento, ação conS* titutiva negativa, de cuja sentença favorável decorrem a restituição do preço ou da parte que fôra paga, dos juros que haja pago e a indenização de perdas e danos. Cf.

Código Civil, arts. 950, 951, 952-954, 955-960 e 1.092, parágrafo único; Código Comercial, arts. 202 e 197.

Não surge a pretensão à condenação por inadimplemento nem a de resolução do contrato por inadimplemento se houve impossibilitaçao por caso fortuito ou força maior antes de ter o vendedor de entregar o bem.

Para que possa pedir o adimplemento ou a resolução por inadimplemento, é preciso que não tenha havido *mora creditons (e. g.,* tenha cumprido tôdas as suas obrigações, incluidos atos necessários ao recebimento do bem, ter assistido à pesagem, medição ou contagem a que deveria assistir, ter enviado os recipientes, embalagens e meios de transportes que pelo contrato deveria enviar). Idem, quanto à *mora debitoris.*

Se o credor exerce a ação de cobrança, não pode mais, pela mesma razão de pedir, exercer o direito de resolução r

ou de resilição. Escolheu, e a escolha é definitiva (5.8 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Sio Paulo, 18 de abril de 1%2, *.1?. dos T.,* 201, 258).

Na interpelação judicial que faça ao vendedor, sendo mercantil a compra-e-venda, ou em qualquer comunicação de vontade, que faça, sem ser para solução imediata, se possível, pode o comprador escolher a açâo que prefere, a de adimplemento ou a de resoluçâo por inadimplemento. Pôde, outrossim, não escolher.

Se o vendedor propõe ação contra o comprador, pode ésse exercer a ação por adimplemento, ou a de reselução par inadimplementa, ou fazer pedidos alternativos, em *reconvenção* .

Se o bem foi entregue, mas houve danos pela mora n§o purgada, não tendo o comprador manifestado renúncia à reclamação, tem êsse a *ação de indenização* (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de dezembro de 1898 e 4 de novembro de 1899, G. *J.,* 23, 293; Supremo Tribunal Federal, 2 de junho de 1923, *R. do S. T. F.,* 57, 112 s.).

A *cumuleção alternativa* é permitida e usual. Sem razão, evidentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6

de abri] de 1904 (Sâo *Paulo J.,* IV, 427) e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA *(Tratado de Direito Comercial,* VI, Parte 2.a~A, 209>.

As perdas e danos não se computam com a diferença entre o preço da compra-e-venda e o do dia em que em mora se entrega o bem, ou em que se presta a indenização (sem razâo, o Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de abril de 1940, *R. dos T.,* 127, 516), mas sim entre o *valor* do dia em que havia de ser prestado (eficácia da mora!) e o do dia em que se prestou ou indenizou.

Podem os contraentes, no próprio contrato de compra-e-venda ou em pacto adjecto, ter estabelecido a *resoluçâo automática* do contrato, se algum dos contraentes infringe algum dever. A resolução, sem isso, teria de resultar de sentença constitutiva negativa. A cláusula ou o pacto fê-Ia automática. Qualquer decisão a respeito do ocorrido, que julgue resolvido o contrato, será *declarativa,* e não *constitutiva negativa.*.

5.ALTERNATIVIDADE DAS AÇÕES DO COMPRADOR. Ao pedido de adímplemento eu indenização, pelo inadimplemento, feito pelo comprador, pode ser acrescentado, em alternativa, o de resolução do contrato por inadimplemento. A resolução não *é* de pronto, salvo se no contrato se estabeleceu que de tal modo se operaria, isto é, automâtícamente, independentemente de ação. O art. 1.092, parágrafo único, supôe a propositura da ação de resolução por inadimplemento. No mesmo sentido, o Código Comercial, art. 209. Às vêzes, nos acórdãos, se fala em dar-se como resolvido o contrato (ou, com expressão errada, “rescindido”), mas é sem relevância, por estar assente a interpretação do Código Comercial, art. 202, e do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil. E.

g.: Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de abril de 1918, 10 de junho

de 1919 *(R. dos T.,* 25, 557, e 30. 850 s.) e 8 de julho de 1921 (39, 39).

§ 4.336. Ações do comprador

1.AçÃo PARA ADIMPLEMENTO PROPOSTA PELO COMPRADOR. Uma vez que o vendedor não cumpriu o prometido, ou que o adimplemento não foi total, ou foi ruim, tem o comprador a ação para que o vendedor seja condenado ao adimplemento.

De ordinário, é para a entrega do bem comprado. Se o comprador já deveria o preço se o bem fôsse entregue, tem de depositá-lo. Não se exige cumprimento sem se cumprir o que se deve.

Lê-se no Código Comercial, art. 202: "Quando o vendedor deixa de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador tem opção, ou de rescindir o contrato, ou de demandar o seu cumprimento com os danos da mora; salvo os casos fortuitos ou de fôrça maior". A expressão "rescindir" está, erradamente, no sentido de "resolver", ou "obter resolução".

Quando o vendedor deixa de entregar o bem vendido no tempo que fôra fixado, o comprador tem as ações de adimplemento e de resolução por inadimplemento. Tem o vendedor de prestar os prejuízos, se adimple. Se não o adimple, ou há a indenização ou a resolução por inadimplemento. Os pedidos são formuláveis alternativamente.

Se o comprador pede a indenização por inadimplemento, não precisa de prestar o preço: a êle é que se há de indenizar (Supremo Tribunal Federal, 21 de dezembro de 1948, *R. dos T.,* 189, sts; 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de dezembro de 1937, *R. dos T.,* 113, 742).

Por vêzes, a jurisprudência confunde com a inadmissibilidade de duas pretensões a cumulação objetiva alternativa e afirma que não podem ser feitos, de uma vez, os dois pedidos *(e. g.,* Supremo Tribunal Federal, 2 de maio de 1950, *R. F.,* 140, 130; 4 de maio de 1951, 139, 105). A alternatividade dos pedidos é possível sempre que a favor do demandante: o juiz atende a uma das duas ações, ou a uma das ações propostas, com cumulação objetiva alternativa (cf. *Comentários ao Código de Processa Civil,* Tomo II, 2.~ ed., 283; e IV, □

2 a ~j□, 246 s.). O

r

comprador pode propor a, ou *b,* ou CL OU *b,* ficando ao demandado a escolha, ou ao juiz o exame da atitude do demandado. O demandado pode ter o direito de escolher; ai, sim, o demandante que propõe a, ou que propõe *b,* não pode tirar ao demandado a alternativa, que resulta de lei a favor do demandado *(e. g.,* Código Civil, art. 884).

A propósito das ações para adimplemento e de resolução, ou de resilição, como das ações de redibição e de minoração do preço, a escolha toca ao demandante, que pode abrir mão disso. Certos, a Côrte de Apelação de São Paulo, a 13 de novembro de 1935 *(R. F.,* 66, 537>, o 2.~ Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de novembro de 1947 *(R. dos T.,* 170, 586), e as Câmaras Civis, a 18 de dezembro de 1952 (209, 198).

Quem compra objeto e só o recebe mais tarde, quando, revendendo-o, teria de sofrer a queda do valor, há de receber indenização. Quem compra objeto e não o vende, tem de ter a indenização, e essa indenização é a dos prejuízos por não ter usado o objeto e por tê-lo de comprar no momento em que recebe a indenização.

A indenização há de tomar por base o preço, o valor do momento em que é eficaz a mora e o do momento da prestação. A mora, em direito civil, é eficaz quando se dá; em direito comercial, a eficácia depende da interpelação judicial (ou da citação em que está inclusa), razão por que êsse é um dos momentos em que se aprecia o valor do bem.

Nas compras-e-vendas a prazo, o vendedor, que não entrega a mercadoria no tempo devido, tem de pagar a diferença entre o preço ajustado e o do dia da entrega, se sobrevém (í.a Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 17 de junho de 1918, *R. de 1).,* 49, 360), ou entre aquêle e o do dia da prestação da indenização.

Por isso mesmo, é acertado deixar-se à liquidação a determinação do valor da indenização (Tribunal de Justiça do Paraná, 4 de março de 1955, *Paraná J.,* 63, 65, e *R. dos T.,* 246, 506).

O depósito judicial do preço sómente é de exigir-se se o comprador já o deveria ter pago, ou se há de pagá-lo no momento da entrega do bem, ou no dia da propositura da ação. Assim têm de ser entendidos o art. 1.130 do Código Civil e o art. 205 do Código Comercial. Cf. Câmaras Cíveis Reúnidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 9 de novembro de 1944 (E. *dos T.,* 71, 355>.

A interpelação judicial, se, na espécie, seria de se exigir, tem-se por inclusa na citação inicial, conforme adiante mais de espaço exporemos. Decisões como a do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de maio de 1925 *(E. dos T.,* 54, 334), da □

4 a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de novembro de 1942 (143, 162), e da Côrte de Apelação do Rio Grande do Sul, a 28 de julho de 1934 *(E. de D. C.,* V, 174) foram postas de lado, enêrgicamente. Certas, a 2a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 30 de setembro de 1941 *(E.*

dos T., 1?7, 587), a 1? Câmara Civil, a 4 de dezembro de 1944 (156, 268), e a 1.a Câmara do Tribunal de Justiça, a 9 de dezembro de 1946 (166, 354) e a 10 de dezembro de 1946 (165, 799).

A decisão da 5a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de outubro de 1948 *(E. dos T.,* 178, 759), foi no sentido de só haver interpelação judicial inclusa na citação se a ação é para se obter a entrega do bem. Mas tal interpelação é de repelir-se. Também sem razão, a □

2 a Câmara Civil, a 2 de maio de 1950 (187, 149), as

Câmaras Civis ReUnidas, a 28 de de novembro de 1951 (198, 363), e a g□a Câmara Civil, a 7 de novembro de 1957, insistiram nesse ponto (contra, a □

□

3 a Câmara Civil, a 5 de setembro de 1950, 189, 885, e a 4 a Câmara Civil, a 12 de agôsto de 1957, 269, 286).

Quando a interpelação judicial está inclusa na citação, pode haver purga da mora.

A entrega do bem fora do tempo ou do lugar pode dar ensejo a danos, que, embora tenha havido recebimento, hajam de ser indenizados. Dá-se o mesmo se há defeito de qualidade.

A não-entrega do bem (ou a entrega com devolução segundo as regras jurídicas que regem a espécie) dá ao comprador a ação para adimplemento ou a ação de resolução por inadimplemento.

A execução forçada, se a compra-e-venda é de bem especifico ou genérico, supóe a sentença de condenação, de que nasce a eficácia executiva. O demandado, vendedor, ou entrega o bem, ou alega

defesa. O vendedor, quer se defenda, quer não, tem de entregar o bem, ou depositá-lo em juízo. Se o bem pereceu, ou não foi encontrado, no mesmo processo promove o exequente a liquidação do *valor* e das *perdas* e *danos,* e sôbre tal quantia a execução por quantia certa. Cf. Código de Processa Civil, arts. 992-995. Pode acontecer ter sido alienado o bem quando já *litigioso;* então, cabe a apreensão do bem, ouvindo-se o terceiro após o depósito (Código de Processo Civil, art.

994,.§ 3.0).

Se a compra-e-venda tem por objeto algum bem de preço corrente e há resolução por inadimplemento de um dos contraentes, a indenização consiste na diferença entre o preço ajustado e o preço corrente no lugar e dia em que se devia fazer a entrega~ Mas é possível alegar-se e provar-se dano maior, inclusive pela comparação entre êsse preço e o do dia da entrega. Se a compra-e-venda é a prestações sucessivas, tomam-se por base os preços correntes no lugar e dia fixados para as entregas. Também aí é possível alegar-se e provar-se dano maior. (Aí, o que se indeniza não é o valor de uso, cf. ERNST RABEL, *Das Recht dos Warenlcanfs,* 1, 473.) Dano maior pode r

ser o da repercussão da mora do devedor nas finanças do credor (cp. Lutei Mosco, *Cli Effetti* 3 *giuridici del.ln Svaiutazione monetarui,* 89).

6 O momento da liquidação e entrega não só do cálculo de liquidação é assaz importante, sempre 2 que, se houve

entrega, o bem baixou de valor, ou, se não houve entrega, o bem subiu de valor.

t dano ressarcível o que sofreu o comprador por ter prestado preço em dinheiro que se desvalorizou (= se não tivesse havido a mora do vendedor, o comprador teria disposto de maior poder de aquisição).

O momento em que se aprecia o dano é aquêle em que o comprador *recebe* o bem, ou o dinheiro, e não aquêle em que se fêz a avaliação ou se consultou a lista de preços. Dai as reformas exigíveis de cálculos feitos, ao que está exposto o vendedor que, por exemplo, recorrendo, retarda a satisfação da divida. Se houve prestação intermédia, por não ter eficácia suspensiva o recurso interposto, nada obsta a que se requeira nôvo cálculo, que algo adicione ao que foi prestado ou depositado.

A avaliação para a liquidação da indenização apenas éexpressão do valor em dado momento. A liquidação não pode ocorrer sem que se

atenda à mudança de valôres, ou mesmo ao aumento dos danos ou à diminuNção dêsses.

Antes de se prestar o que se deve, todo cálculo é provisório.

2.AçÃo DE RESOLUÇAO OU DE RESILIÇÃO POR INADIMPLEMENTO PROPOSTA PELO

COMPRADOR. De ordinário, o comprador pede a resolução ou a resilição se, ao tempo da mora do vendedor, o bem baixa de valor. Não haveria êle de querer pagar o que o bem não vale. Pode ter êle outras razões para escolher a ação de resolução, ou de resilição.

Para a propoMtura da ação de resolução por inadimplemento não é de mister a prévia interpelação, porque a citação a contém (2.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22 de setembro de 1953, E. *F.,* 159, 218;

Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, 12 de dezembro de 1955, E. *dos T.,* 248, 474; sem razão, as Câmaras Cíveis ReUnidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 18 de junho de 1925, E. *de D.,* 80, 120).

Pode haver, todavia, no processo, a purga da mora, se não houve a interpelação que se fazia mister (í.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 28 de maio de 1957, *D. da J.,* de 4 de setembro de 1958:

“Insiste a apelante, em primeiro lugar, na alegação de que não foi constituída em mora, na forma do art. 205 do Código

Comercial... A arguição do apelante somente poderia ter alguma procedência se vindicasse a faculdade de purgar a mora, posteriormente à cotação, mas, ao contrário, defende o seu direito de não cumprir a obrigação”).

Quando o comprador propõe a ação de resolução do contrato por inadimplemento, mesmo que se trate de pedido sem alternatividade, somente terá de fazer depósito do preço se o teria de prestar para que não houvesse a eficácia da mora. Por exemplo: se o preço deveria ser pago antes do momento da entrega e o vendedor não fizera a interpelação judicial do comprador comerciante. Cf. Câmaras Cíveis ReUnidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 27 de julho de

1916 (E. *de D.*. 46, 355 s.).

Se as prestações seriam sucessivas, sem que se impusesse a integralidade do objeto a despeito das entregas em diferentes momentos, o caso é de *resilição,* e não de *resolução.* Só *ex ti-une* se desfaz a eficácia contratual.

Mesmo em caso que seria de resilição, o comprador pode propor a ação para adimplemento nu a ação de resilição.

No intervalo entre o nascimento das duas ações a de adimplemento e a de resolução ou de resilição e a propositura das duas ações, em alternativa, ou de uma delas, pode haver renúncia de uma ou de outra, porém o fato da prática de atos, positivos ou negativos, para a resolução, não implica, só por si, renúncia à ação para adimplemento (JEAN HÉMARD, Les Contrats commerciaux, *Traitá théorique et pratique de Droit Com.mercial* de JEAN ESCÂRRA, EDOUARD ESCARRA e JEAN RAIJLT, 134).

Lê-se no Código Comercial, art. 213: "Em todos os casos em que o comprador tem direito de resilir o contrato, o vendedor é obrigado não só a restituir o preço, mas também a pagar as despesas que tiver ocasionado, com os juros da lei".

No caso de adimplemento parcial, pode o comprador pedir a indenização pelos danos e a resolução quanto à parte não prestada, ou o adimplemento quanto a essa parte.

O Tribunal de Apelação do Amazonas, a 21 de junho de 1938 *(J. e D.,* 1938, 495), disse que o comprador, para propor a ação contra o vendedor (que teria de entregar o bem simultâneamente, entenda-se), tem de depositar o preço. No mesmo sentido, invocando o art. 1.130 do Código Civil e o art. 121 <lo Código Comercial, o Tribunal r

de Justiça do Distrito Federal, a 11 de novembro de 1954 (E. *F.,* 175, 193). *Aliter,* para a propositura da ação de resolução por inadimplemento (Câmaras Cíveis ReUnidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 26 de janeiro de 1922, E. *de D.,* 69, 509; Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de setembro de 1928, E. *dos* 7"., „37, 494).

Na ação de resolução por inadimplemento também se pode pedir indenização (13 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de setembro de 1957, E. *dos* 7"., 27t, 212:

"As mercadorias foram encomendadas para serem vendidas no tempo do verão, mais propício ao gênero désse comércio. Por culpa do

recorrente, a autora só veio a obter, bem mais tarde e por preço, quiçá, maior, a desejada mercadoria. É patente a existência de prejuízo, cujo montante pode ser apurado em liquidação, como ficou decidido em primeira instância").

.3.AçÃo DE PRECEITO COMINATÓRIO. Se o contraente comprador poderia propor a ação para adimplemento, também pode exercer a ação de preceito cominatório <Tribunal de Justiça do Ceará, 18 de agôsto de 1947, *J. e D.,* 21, 150; Câmaras Civis ReUnidas do Tribunal de Alçada de São Paulo, 18 de junho de 1952, II.

do.s 7"., 204, 465).

A citação, na ação de preceito cominatório, contém a interpelação judicial (□

2 ~ Câmara Civil do Tribunal de

Justiça de São Paulo, 22 de maio de 1956, E. *dos* 7"., 254, 319).

4.AçÃo REDIBITORIA E AÇÀO "QUANTI MINORIS". Pode acontecer que, além de redibir o bem,o comprador peça indenização, como se a coisa lhe causou dano, ou o fato de redibir lhe deu prejuízo por ter de utilizar o bem e o vício lho ter proibido (cf. ALBERT PRIMAVESI, *In wief cru umfasst die* actio redhibitoria *anUi Ersatz von Sefladeu?,* 1 s.).

O vício do objeto pode achar-se sómente em parte do que se comprou. Se a parte é bem principal, o problema resolve-se segundo os princípios (G. HANAUSEK, *Haftung des Verkãufers fiir die Beschaffenheit der Sache,* 181; L. BELLERSTEIN, *fie Rilckgabe der verlcauften Sache iii-Fàllen der* actio redhibitoria, 37 5.; JOHANN

HASsLACI-IER, *fie Haftung des Verkdufers flir Feflier und Meingel,* 26>. Se não há principalidade, mas, a despeito da prestação em partes, é inelidível a unidade, a redibição é total.

A compra-e-venda com a *cláusula "no estado em que se acha"* não pré-exclui a responsabilidade pelo vicio oculto (L~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 19 de outubro de 1948, *A. J.,* 101, 90).

Se, em vez de vício oculto, se trata de dolo, com que se alterou o bem, não se pode pensar no prazo preclusivo do art. 178, § 29, ou do art. 178, § 59, IV, do Código Civil. Há a prescrição do art. 178, § 90, V, *b),*

por se tratar de anulação.. ou, se acidental o dolo (art. 93, cf. .3□a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 13 de abril de 1956, *E. dos 7*"., 270, 761), a prescrição ordinária.

É preciso que se distinga do descobrimento do vício oculto, vício do objeto, o êrro do comprador quanto ao objeto, causa de anulabilidade.

A entrega de mêrcadoria diferente não é entrega de mercadoria com vício oculto (.3,~ Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, 14 de agôsto de 1956, *E. dos T.,* 258, 379), mesmo se só após a tradição se descobre (sem razão, a 6a Cámara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de abril de 1951, E. *F.,* 148, 264). O art. 211 do Código Comercial não é invocável. A devolução por falta de metragem não é devolução por vício oculto (4.~

Câmara Civil, 18 de junho de 1957, 267, 620).

Errada a decisão da 1,a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 26 de junho de 1956 *(A. J.,* 120, 327), que reputou de prescrição o prazo do art. 178, § 2.0, e falou de renúncia à prescrição (art. 161).

O prazo preclusivo do art. 178, § 2.0, ou do art. 178, § 59,. IV, nada tem com a ação, que, o comprador propõe por não ter a qualidade exigida o bem comprado (l□~ Câmara Cível" do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 8 de dezembro de 1942, *R. dos 7*"., 156, 767).

O prazo „preclusivo, em direito comercial, no tocante a bens móveis, é o de dez dias, se a espécie se enquadra no"

art. 211 do Código Comercial, prazo que é para a *reclamação* (23 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de setembro de 1943, *E. dos 7*"., 153, 165). O reenvio ao vendedor, dentro do"

prazo, reclamação é (3.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2 de outubro de 1952, 206, 266). Os vícios ocultos, em se tratando de compras-e-vendas, têm de ser descobertos dentro dos dez dias (sem razão, a 33

Câmara Civil, a 25 de abril de 1955, 238, 206, que falou de *poderem* ser descobertos, no decêndio, os vícios ocultos).

O comprador pode anuir em que o vendedor repare o bem com vício oculto, mas, aí, desistiu da ação redibitória ou *quanti minoris,* ou perdeu o prazo, pois houve pacto adjecto. Concordar com a reparação é estabelecer, evidentemente, outro negócio jurídico.

r

Ainda assim, se o vendedor reentrega o bem consertado ou reparado, ou mesmo outro bem, há nôvo prazo, dentro do qual o comprador pode descobrir vícios ocultos e reclamar.

A reclamação pode ser judicial ou extrajudicial. Não é de afastar-se a reclamação oral, por telegrama, ou carta, que apenas tem o inconveniente da dificuldade de prova. Cf. 3.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 2 de outubro de 1946 *(E. dos T.,* 165, 712).

A remessa da reclamação é que precisa ser dentro do prazo preclusivo, não o recebimento pelo vendedor (í.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de maio de 1948, *E. dos 7*"*.,* 175, 266>.

No art. 211, alínea 2.~, do Código Comercial diz-se que a reclamação de que fala a lA alínea, não cabe "depois de pago o preço". Ora, os vícios ocultos podem existir mesmo nas compras-e-vendas à vista, o que poderia levar-se a interpretar o art. 211, alínea 23, como se não houvesse redibição ou minoração do preço nos contratos de compra-e-venda em que o preço foi pag"o antes da tradição, ou no mesmo momento. Seria absurda tal exe-gese.

O art. 211, alínea 23, há de ser entendido no sentido de, havendo pagamento posterior, presumir-se que houve o exame. Então não mais cabe a reclamação. O prazo preclusivo, êsse, é sempre da tradição do bem.

Os arts. 210 e 211 do Código Comercial incidem mesmo se houve compra-e-venda com reserva de domínio (Supremo Tribunal Federal, 27 de outubro de 1941, *J. do 5. 7*". *F.,* VII, 1942, 51).

Se a tradição é por partidas, tem-se de saber se se trata do mesmo gênero e do mesmo lote, para se entender, ou não, que a não-rejeição quanto a uma (ou não-reclamação quanta a uma) esgota a rejeitabilidade (ou reclamabilidade) a respeito da outra posterior, ou das outras posteriores. Não há solução *a ~priori.* Cf. Supremo Tribunal Federal, 15 de abril de 1943 *(E. dos 7*"*.,* 157, 356).

Se se trata de ensaio, ou" de experimentação, mesmo se a compra-e-venda não é a contento, e no contrato se reservou tal ensaio, ou experimentação, que exige, por sua natureza, mais tempo do que o do prazo preclusivo do art. 178, § 2.0, do Código Civil, ou do art. 211 do Código „Comercial, essas regras jurídicas sôbre preclusão não incidem.

IQ: vendedor atribuiu ao comprador o ensaio ou experimentação. Cf. l.~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 27 de novembro de 1952 *(D. da J.* de 5 de março de 1956); 1.a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 9 de junho de 1958 *(D. da .1.* de 22 de janeiro de 1959) ; voto vencido do Desembargador CUNHA BARRETO, no acórdão da Côrte de Apelação de Pernambuco,~a 9 de julho de 1937 *(R. E*"., 72, 637) "A leitura dos arts. 210 e 211 do „Código Comercial convence de que o legislador não podia abranger naqueles dispositivos as máquinas e coisas similares, que demandam, para a verificação do seu funcionamento, tempo superior ao prazo de caducidade, dentro do qual deve ser feita a reclamação. Basta lembrar que a expressão

"géneros", de que usa o legislador no art. 211, não pode abranger senão aquilo que, pelo uso e costume do comércio, é considerado como tal".

A compra-e-venda de maquinismos é sempre com a garantia de bom funcionamento, de modo que há prazo explícito ou implícito para dentro dêle se reclamar , (2.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17

de junho de 1952, *E.* E"., 156, 258, com fundamento errado, *in casu,* de se tratar de compra-e-venda a contento; 4.& Câmara Civil, a 3 de setembro de 1953, *E. dos 7*"., 218, 205; Câmaras Civis Retinidas do Tribunal de Alçada de São Paulo, 19 de dezembro de 1954, 233, 866; 43 Câmara Civil do Tribunal de Alçada, 18 de dezembro de 1956, 263, 503; 83 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 15 de julho de 1953, *A.* .1%, 108, 370).

Se o comprador reenvia o bem comprado, correspondente a uma das remessas a que tinha direito, com a reclamação e essa implícita ou explicitamente atingiria as remessas posteriores ainda não feitas, o vendedor ou dá como redibido o bem, ou deposita judicialmente o que se lhe reenviara, para ulterior discussão. <Cf. 2.~ Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de agôsto de 1945, sóbre o reenvio de parte da mercadoria.) O depósito judicial pelo vendedor é para recebimento do preço, ou para que se julgue não ter havido responsabilidade sua.

O comprador tem de reclamar, dentro do prazo, e devolver a mercadoria, ou depositá-la em consignação. Se da reclamação tem prova decisiva, não precisa de propor a ação, desde logo. Reclamou dentro do prazo preclusivo.

A propositura da ação, se reclamação não houve, tem de ser dentro do

prazo preclusivo: na citação está inclusa a reclamação.

O vendedor, recebendo a mercadoria devolvida, tem de consigná-la e discutir, para que a sua inércia não importe anuência à devolução. Cf. Câmaras Liveis Retinidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 26 de junho de 1953 (E. 3., IV, 99) 6Y Câmara Cível, 24 de outubro de 1950 *(1?. dos 7*"., 189, 819).

Se o vendedor recebe o bem devolvido, proveniente do consêrto ou reparação, ~ou, diante de reclamação, envia empregado ou técnico para o consêrto ou reparação, não se pode pensar em preclusão da pretensão do comprador à acão de redibição ou à ação *quanti minoris.* O prazo preclusivo conta-se de nôvo, quando o vendedor reentrega r

ou dá como pronto o bem vendido. Cf. 23 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 31 de março de 1954 (E. 3., 10, 194).

Também se o vendedor substitui um bem vendido por outro, espontâneamente ou diante de reclamação do comprador, o prazo preclusivo somente se inicia após a tradição do segundo objeto (ou do último). Cf. 2/~ Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de maio de 1945 <E. *dos 7*"., 157, 208).

Sempre que o vendedor dá garantia por algum tempo, que~ exceda os quinze dias do art. 178, § 29, do Código Civil, ou os dez do art. 211 do Código Comercial, não corre, dentro dêle, o prazo preclusivo: o prazo preclusivo passou a ser o prazo da garantia. Cf. 6.~ Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de março de 1950

(E. *dos 7*"., 186, 693).

Nas compras-e-vendas de objetos que têm de ser montados para que se verifique se não têm vícios ocultos, o prazo somente corre do início do funcionamento (6.ft Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de outubro de 1950, E. *dos 7*"., 189, 819).

Se o comprador reenvia o bem comprado ao vendedor e êsse o recebe sem repulsa, ou, sendo-lhe entregue contra a sua vontade, não o deposita judicialmente por conta de quem pertencer (Código Comercial, art. 212), intimado do depósito o comprador, presume-se que anuiu em que se rescindisse o contrato (rescisão por vício redibitório).

Não se trata de "cancelamento do contrato", expressão infeliz do Supremo Tribunal Federal, a 10 de novembro de 1950 (E. *dos T.,*

„215, 468), nem de “desfazimento do contrato” <*e.* g., Tribunal Federal de Recursos, 6 de junho de 1950). „O que há é *confisato* da rescindibilidade (cf. ~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 14 de dezembro de 1956). A entrega ao vendedor sem a reclamação, como se o comprador pede para guardar, não é a devolução de que cogita o art. 212 do Código Comercial (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 17

de junho de 1949, *J.,* 31, 217).

Não é reenvio ao vendedor deixar-se a mercadoria na porta do estabelecimento vendedor (6.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4 de junho de 1957).

A inércia ou a anuência explícita do vendedor importa confissão da rescindibilidade. Não se pode dizer que, com isso, esteja rescindido o contrato: ou há distrato, que tem de ser na mesma forma do contrato, ou há apenas confissão de rescindibilidade que estabelece situação de fato. Tem-se como se rescindido estivesse (como se tivesse havido eficácia sentencial) o que apenas é rescindível, mas tão inequlvocamente o éque justifica a atitude dos contraentes.

Sempre que houve a interpelação ou reclamação, na forma devida, houve exercício da pretensão e a ação redibitória pode ser proposta depois. Os prazos preclusivos, em caso de possível redibição, são prazos para o exercício da pretensão, e não prazos para a ação. Tal o pensamento contemporâneo.

5.RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO vENDEDOR.

O dolo do vendedor pode determinar responsabilidade contratual, anulabilidade do contrato de compra-e-venda e responsabilidade extracontratual (ato ilícito absoluto). O conhecimento de não ter o bem as qualidades que se esperam, de modo que, com isso, se cause dano, pode compor, com o contrato, a figura do ato ilícito absoluto, dando ensejo a indenização do interêsse negativo. Se o vendedor enganou, dolosamente, o comprador, não só quanto à ausência de vício do objeto, como sôbre qualquer outra *qualidade,* há a indenização como a indenização por inadimplemento. Se A vende o prédio que êle ou o seu intermediário, ou o procurador, ou pessoa, a seu serviço, dolosamente faz constar estar alugado por preço alto e não está, o vendedor responde pelos danos, desde que conscientemente se aproveitou disso. Não se precisa de invocar analogia com as regras jurídicas sôbre vícios redibitórios. Há o ato

ilícito absoluto. Nem, tão-pouco, de pretendida garantia assumida. Cf. “MODESTUS

LIPSIENSIS” (Schadensersatz wegen arglistiger Tãuschung des Kãufers durch den Verkãufer, *Das Reoht,* 12, 500 s., 739 s.), HAGEN (Arglistige Tãuschung und Schadensersatz, *Juristische Wochenschrift,* 40, 348), KONRAD SCHNEIDER (tber die Haftung des Verkãufers bei arglistiger Tãuschung tiber Sachmãngel, *Archiv fiir Biirgerliches ReciU,* 39, 6), JEss (tber den Analogieschluss und die §§ 463, 476 BGB., *Das Rech4,* 18, 81 s.), GEPPERT (Zur Lehre von der Arglist des Verkãufers beim Vertragsabschluss,“ *.Jherings Jahrbiieher,* 64, 437

s.), KIEHL (Ausproche des Kâufers im Faíle der Arglist des Bevollmãchtigten des Verkãufers beim Vertragsabschlusse, *Gr“uohots Beitrape,* 60, 257 s.; Zu einigen Streitfragen beim Kauf und die Haftung des Verl < ãufers seines Vermittlers sowie Vertreters bei Gelegenheit des Kaufabschlusses, *Juristische Woohensehrift,* 48, caderno 10) contra, MATTHIESSEN (Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts (iber Schadensersatz wegen arglistiger Tãuschung, *Juristische Wochenschrift,* 87, 60 s.; Zur analogeil Anwendung des § 468 BGB., 42, 516

s.), MÂx WOLFF (Sachmãngel beim Vertragschluss, *Gruchot8 Reitrage,* 60, 790 s.), RIEHL (Em nhefriedigender Rechtszustand auf dem GrundstOckmarkte~ *Deutsehe Juri.sten Zeitung,* 18, 377 s.; Die Arglist r

beim Vertragschluss, *Gruehots Reitráge,* 60, 790 s.). Sôbre dados históricos, MARTIN MARKIEWITZ *(Rechte* des *Kduf era aus der wesentlieh unwahren n.icht vertragmdssigen Zusicherunq,* 1346).

§ 4.337. Ações do vendedor

1.AÇÃO PARA ADIMPLEMENTO PROPOSTA PELO VENDEDOR.

Se o comprador está em mora e há eficácia da mora, já tendo o vendedor prestado o bem vendido, a ação do vendedor é para que o comprador pague o preço, com os juros da mora.

desde que o preço deveria ter-lhe sido prestado e outras indenizações. Se o bem ainda não fôra entregue, ou porque o preço teria de ser pago antes, ou porque o comprador se recusara a receber o bem vendido, ou deixara de recebê-lo, a ação do vendedor também é para que se lhe preste o preço, com os juros da mora desde que o pagamento deveria ter sido feito e mais reparações, se fôr o caso.

Se o comprador não pagou o preço, ou só o pagou em parte, tem o vendedor a ação para adimplemento. na qual a sentença condena o comprador a pagar o preço, ou completá-lo, com indenização. (No art. 204, 23 parte, do Código „Comercial, fala-se do depósito do bem vendido, se o vendedor exerce a ação para haver o preço, mas isso só se entende para o caso de ter de ser simultânea ou anterior a prestação do vendedor. Daí terem de ser acolhidas em têrmos as decisões da 1.a Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 27 de janeiro do 1908, *R.*

de D., VIII, 328 s., e do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de outubro de 1915, *R. dos T.,* 15, 405 a.> Odepósito é em consignação, porque, prestado o preço pelo comprador, com os juros da mora, tem êle pretensão ao levantamento do bem. As despesas, salários e riscos do bem depositado correm por conta da parte que fôr vencida na ação.

Pode dar-se que o depósito já tenha sido feito a pedido do comprador. Lê-se no Código Comercial, art. 212: “Se o comprador reenvia a coisa comprada ao vendedor, e êsto a aceita (ad. 76), ou, sendo-lhe entregue contra sua vontade, a não faz depositar judicialmente por conta de quem pertencer, com intimação do depósito ao comprador, presume-se que consentiu na rescisão da venda”.

Se o vendedor cobra o preço, que deveria ser pago antes da entrega do bem, ou simultâneamente, tem de depositar judicialmente o bem vendido (Supremo Tribunal Federal, a 14 de novembro de 1952, *Á. J.,* 108, 276; 53 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de novembro de „1951, *R. dos 7*“*.,* 198, 184). Nos acórdãos quase sempre se subentende tal anterioridade ou simultaneidade.

Não há pensar-se em exigência de depósito judicial se o bem fôra enviado ao comprador e êsse não o reenviou, nem o recusou de pronto, mesmo se a tradição foi pela remessa de títulos ou documentos

(certa, a 43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de agôsto de 1957, *1?. dos T.,* 274, 265). Se o comprador, em vez de receber e reenviar, se recusa a receber *(e. g.,* não permitiu que se descarregassem os caminhões), não há necessidade do depósito judicial (a regra jurídica do art. 204 do Código Comercial, que rege a espécie, é inconfundível com a do art. 212; cf. 43 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de junho de 1958, *1?. dos 7*"., 28, 307).

Para que se possa condenar o comprador a indenizar a diferença entre o preço do bem recusado e o que se obteve com a venda a outrem é preciso que tenha havido depósito pelo vendedor e a venda tenha sido em juízo (Supremo Tribunal Federal, a 19 de novembro de 1926, 1?. *de D.,* 82, 559; a 9 de agôsto de 1934,)?. *dos 7*"., 108, 39; a 24 de novembro de 1938, 121, 255). Não pode ser atendido o preço pelo qual o vendedor vendeu, a seu líbito.

2.AçÃo DE RESOLUÇÃO OU DE RESILIÇÃO POR INADIMPLEMENTO. Se o bem vendido tem de ser entregue por partes ou lotes nos prazos estipulados (cp. Código Comercial, art. 203) e o comprador deixou de cumprir, alguma vez, ou algumas vêzes, o que lhe cumpria, o vendedor pode propor a ação de resolução por inadimplemento, no que se refere à parte ainda não cumprida do contrato. A eficácia sentencial não vai ao passado, não é e~r *tune,* salvo se o bem é indivisível, como se as prestações sucessivas eram de peças.

Se o comprador não pagou integralmente, cabe o pedido de resolução por mora.

r

Se o vendedor não tinha de prestar o bem antes do preço, não precisa depositar o bem (cf. □

2 a Câmara Cível da

Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 4 de outubro de 1921,

II. *de* O., 64, 146).

3.AçÃo DE RESOLUÇÃO OU DE RESILIÇÃO POR "MORA CREDITORIS" PROPOSTA PELO

VENDEDOR (DIREITO COMERCIAL).

O vendedor tem a ação de resolução por mora, em caso de não recebimento do bem vendido, se de direito comercial o contrato de compra-e-venda. Se de direito civil o contrato, não, conforme expusemos no Tomo XXV,

§ 3.09S, 1. Daí a necessidade de se inserir no contrato a cláusula de resolução ou de dever de receber.

A resolução, no direito comercial, é *legal,* porém não *pleno jure.* São devidas as indenizações das perdas e danos oriundos da *mora ereditoris* (Câmaras Cíveis ReUnidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 26 de janeiro de 1922, *1?. de O.;* 64, 312 s., e *R. F.,* 39, 111 s.; Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de setembro de 1921, *E*

dos 7"., 40, 40).

Se o comprador recusa o bem que se lhe quer entregar, tem de reenviá-lo ao vendedor, que o recebe, ou não o recebe. Se o recebe, é de presumir-se que acorda na resolução do contrato por inadimplemento seu. Daí a necessidade de manifestar-se contra a resolução por inadimplemento, para que a presunção seja afastada. Cf.

Código Comercial, art. 212. Se não a quer receber, tem o vendedor de pedir o depósito do bem, para que se afaste a presunção.

Nos casos em que a mora só é eficaz com a interpelação judicial *(e. g.,* Código Comercial, art. 205), a citação, na propositura da ação, contém a interpelação judicial (Supremo Tribunal Federal, a 19 de outubro de 1945, j. *C.,* II, 248; a 19 de dezembro de 1950, *J. M.,* VI, 407; a 28 de janeiro de 1952, *Minas Forense,* VI, 216). O art. 188 do Código Comercial suporia tal afirmação se já os princípios de direito não a houvessem assentado. Com isso, de modo nenhum se transplanta para o direito comercial a regra jurídica *Dies interiellat pro homine* (Código Ci"êil, art. 960, alínea 13). O que se assenta é que na citação está inclusa a interpelação judicial.

Há o princípio de que a interpelação judicial está inclusa na citação, se para a eficácia da mora seria de mister a interpelação judicial. Discute-se se tal princípio é de acatar-se em se tratando, não de ação para o adimplemento, ou para a indenização, mas de ação de resolução por mora. O Tribunal de Apelação do Ceará, a 8 de maio de 1943

(J. e D., VII, 109), entendeu que a inclusão só ocorre se a citação não é na ação de resolução. Ora, no direito brasileiro, a resolução que depende de sentença fica dependente do exame da atitude do devedor e apenas se daria ensejo a que o demandado não se prontificasse a purgar a mora. Não há inconveniente em que se lhe permita isso, o que se poderia admitir mesmo em caso de resolução de pleno direito, que não é a do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, nem a do art. 202 do Código Comercial, nem, sequer, a do art. 212 do Código Comercial.

4.AçÃo DE RESOLUÇÃO OU DE RESILIÇÃO POR INADIMPLEMENTO PROPOSTA PELO VENDEDOR

(DIREIRO CVIL). No direito civil, só há resolução por inadimplemento por parte do comprador, portanto proponível pelo vendedor, em se tratando de *mora recipiendi,* se o *dever de receber* foi preestabelecido. Não hÁ, no direito civil, a regra jurídica do art. 204 do Código Comercial.

(~ preciso advertir-se que a infração de qualquer *dever,* por parte do comprador, e não só no caso de haver cláusula que estabeleça o *dever de receber,* dá ensejo à alternatividade: ação para implenento ou ação de resolução. Aí houvé *mora debitoris,* e não *mora creditoris.)* Se o vendedor somente pediu a resolução por inadimplemento. não precisa depositar o bem (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 18 de setembro de 1951, *R. F.,* 143, 267). *Aliter,* se faz os pedidos alternativamente, ou se exerce a açãc para adimplemento (Tribunal de Justiça de Pernambuco, 24 de março de 1938, *1?. de O. C.,* V, 162), e depósito judicial só-mente há se há a tradição da posse ao juízo (2~~ Câmara Civil da Côrte de Apelação de São Paulo, 18 de agôsto de 1937 *11.F.,* 72, 330).

Lê-se no art. 213 do Código Comercial: “Em todos os casos em que o comprador tem direito de resilir do contrato, o vendedor é obrigado não só a restituir o preço mas também a pagar as despesas que tiver ocasionado, com os juros da lei”. A expressão “resilir do contrato” está, aí, no sentido de afastamento do comprador, abrangendo,

portanto, a resolução, a resilicão em sentido próprio e a rescisão.

Se A vendeu a B pelo preço de 5 o objeto, para ser-lhe prestado no dia 2 do mês de janeiro, e houve a mora, a ação de B contra A, para haver indenização, é se A entrega o bem para que A preste a diferença de preço entre o dia 2

e o dia 2 do mês de maio, em que entregou, uma vez que o valor diminuiu.

r

Se A vendeu a B pelo preço 5 o objeto, para ser-lhe pres tado no dia 2 do mês de janeiro, e A não o presta, a indenização é consistente na restituição do preço e no pagamento da diferença a *maio* entre o preço do dia 2 de janeiro e o do dia da indenização.

Titulo XXIV

1

CAPITULO 1

CONCEITO E NATUREZA DA TROCA

§ 4.338. Conceito de troca

1.DIREITO ROMANO E TROCA. No direito romano clássico, as figuras negociais bilaterais que não se tinham apontado como contratos davam ensejo apenas à *condictio ob causam da.torum,* sem que o figurante pudesse pedir o adimplemento do que se convencionou. Pôsto que o ser humano primitivaniente mais empregasse a troca do que a compra-e-venda, figura posterior, o formalismo clássico romano tinha a *permutatto,* a troca, como negócio não reconhecido como contrato e fracassara a teoria sabiniana que a tinha como subespécie da compra-e-v e n d a

No direito pós-clássico, os contratos não típicos sofreram com a balbúrdia dos „compiladores e chegou-se ao princípio de que, se nos contratos havia correspectividade de prestações, sem se incluiremnas figuras tradicionais, o adimplemento por um dos figurantes fazia surgir ação contra o outro, se inadimplente. Donde dois caminhos: ou

a *condictio ob causam dato-rum,* para que se devolvesse o que fára entregue, ou a ação *praescriptis verbis* para se exigir a contraprestação. Os contratos a que se deu o nome de contratos inominados ou eram de prestações de coisas (do *nt des,* de que a troca é a figura mais em relêvo), a prestação de coisa por serviço *(do ut fatias),* a prestação de serviço por alguma coisa *(fado ut des)* ou a de serviço por serviço *(fado ut fadas).*

A *permutatio* foi um dos contratos inominados, contrato *do tU des,* parecido com a compra-e-venda, com que os Sabinianos o queriam identificar.

2. QUANDO HÁ TROCA. Há *troca* sempre que se presta direito de propriedade, ou posse, e se contrapresta outro direito de propriedade, ou posse, ou qualquer outro direito, inclusive o direito a alguma quantia certa.

3. CONTRAENTES. Na troca, há dois figurantes, que são em situação tal de semelhança que falta terminologia adequada para os distinguir, porque, outorgantes, os dois o são . *Tradens* e *accipiens* cada um o é. O fato de não haver diferença fundamental quanto às prestações de dar, ambas de *res,* dificulta a distinção.

Pela troca permuta-se coisa por coisa, ou posse por posse. Tudo que é suscetível de venda é permutável, tudo que é suscetivel de propriedade ou posse também o é, exceto o dinheiro. A moeda corrente é que, funcionando, como funciona, no tráfico, é medida comum de valor e constitui preço, o que conceptualmente torna de compra-e-venda o contrato.

Os bens que são objeto de propriedade intelectual (literária, artística, ou científica), ou de propriedade industrial, são permutáveis.

Desde que o dinheiro passou a ter a função de meio geral de câmbio, que é a sua, a troca perdeu a importância que tinha. A compra-e-venda tomou a primeira plana.

§ 4.339. Natureza do contrato de troca

1.BILATERALIDADE DO CONTRATO CONSENSUAL. Como a compra-e-venda, a troca é contrato consensual *bilateral.* Distingue-se dos

negócios jurídicos que servem ao adimplemento pelos contraéntes. Em vez de haver um negócio de transmissão da propriedade, ou da posse, ou o negócio de transmissão da propriedade e o ato de posse, por parte de um só outorgante, há acôrdos de transmissão da propriedade, ou da posse, ou da propriedade e da posse; portanto, manifestações de vontade por parte de cada um dos contraentes. Se uma das prestações é dinheiro, há compra-e-venda, e não troca.

Também a respeito da troca é preciso que se não confunda o negócio jurídico da troca, contrato consensual, com os *acórdos de transmissãn,* que são abstratos.

r

2.CORRESPECTIVIDADE SEM PREÇO. Não há preço, no sentido próprio; porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro. A troca não deixa de ser troca se a contraprestação, em vez de ser só a outra coisa, consiste na outra coisa *mais* importância pecuniária, que serve à correspondência dos valôres. O que é preciso é que o bem não pecuniário seja o objeto dó contrato, em primeira plana. Se A quer adquirir a propriedade da casa de B e lhe presta mais da metade do valor em dinheiro, há compra-e-venda, e não troca. Se êle diz que "compra" por 5 e dá, para completar o "preço", outra casa, do valor de 6, figurando 11 como o preço, houve troca, e não venda, a despeito das expressôes empregadas.

Ao tempo em que se regulou a *permuta-tio,* tinha de ser dono do bem trocado quem trocasse (J. J. RAABE, *Disquisitio de peculiari indole permutationis,* § 15). Tudo isso nada tem com o direito de hoje. Troca-se o bem alheio; o que não ocorre é que a tradição não basta ao adimplemento.

A afirmação de SEYDEWITZ *(De Permutatione,* 1 s.) de se juridicizar o contrato de troca ao contacto com o juízo, por ser contrato inominado, é falsa. Mesmo que tal fôsse a verdade, já se chocava com asustentação de ANTÔNIO FÂBER, mas essa tinha a particularidade de tornar a *permuta-tio* acôrdo de tradição, pois aludia a precedente *pactum permutandi.* De qualquer modo, tudo isso está superado, pois, no direito brasileiro, o contrato de troca é consensual e está separado do que seja o seu adimplemento. SObre a discussão no século passado, H.

SEon *(Der Tausch,* 13 s.).

3.PRINCÍPIOS DAS LEIS DE DIREITO PRIVADO. Os princípios sObre os riscos são os mesmos que regem os riscos na compra-e-venda.

O Código Civil sõxnente redigiu um artigo sObre a troca:

“Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra-e-venda, com as seguintes mo&ficações: 1. Salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca. II.

É nula a troca de valôres desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento expresso dos outros descendentes”. A propósito da compra-e-venda, o art. 1.132 estatuiu que “os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam”. A despeito do que se lê no art. 1.164,, que poderia parecer taxativo, há outras diferenças de regime jurídico no tocante ao contrato de compra-e-venda e ao de troca.

É interessante observar-se que o Código Comercial dedicou os arts. 221-225 à *troca* ou *escambo,* o que faz claro poder-se comerciar por meio de trocas, sem que se precise dar valor em preço a cada bem trocado.

No direito romano, a troca somente vinculava se *contrata real.* Assim, o contraente que cumpria o prometido podia exigir a contraprestação, ou, pelo exercício do *ius poenitendi,* a devolução do que prestara *(condictio ob causam datorum),* uma vez que, prestando-se uma das prestações, se vinculava quem recebeu, e não quem a fêz.

O *ius poenitendi* desapareceu no direito comum e no direito contemporâneo.

Na troca, as regras jurídicas sôbre a compra-e-venda incidem, *mutatis mutandis.* Cada contraente responde ao outro como o vendedor e está vinculado, como o comprador, a receber o bem trocado. Também a respeito da troca pode ocorrer que haja *deveres* ligados à recepção da prestação, ocasionando *mora debitoris,* e não só *mora creditoris.*

As diferenças de regramento são apenas as do art. 1.164, §§ 1.0 e 2.~, do Código Civil. Pràticamente, desapareceram as diferenças. Temos de analisar os arts. 222-225 do Código Comercial.

4.CÓDIGO COMERCIAL, ARTS. 221-225. Lê-se no Código Comercial, art. 221: “O contrato de troca ou escambo mercantil opera ao mesmo tempo duas verdadeiras vendas, servindo as coisas trocadas de preço e

compensação recíproca (art. 191). Tudo o que pode ser vendido pode ser trocado". O conceito de troca que aí se encontra ressente-se do pensamento sabiniano que fazia da troca subespécie de compra-e-venda. Por outro lado, é falso que haja, no contrato de troca, dois contratos, "duas verdadeiras vendas": só há a prestação de A e a contraprestação de B, sem que uma delas seja dinheiro. Sociolôgicamente, a compra-e-venda provém da troca, e não vice-versa: é a troca de propriedade ou de posse de algum bem pela propriedade ou pela posse de outro, que acontece na compra-e-venda.

A alusão a duas compras-e-vendas proveio das considerações, encontradiças no século passado e no comêço dêste, sôbre se supor, sempre, nas trocas mercantis, que se deu preço a cada bem e assim mais se trocaram valôres do que coisas.

Acrescenta o Código Comercial, art. 222: "Se um dos permutantes, depois da entrega da coisa, provar que o outro não é dono dela, não será obrigado a entregar a que prometera, mas sómente a devolver a que recebeu". O art. 222

do Código Comercial como que afasta que se dê a evicção e tenha de ser chamado à autoria o outro contraente: r

antes, o contraente que recebeu a prestação verifica que o outro não era dono (ou possuidor próprio ou possuidor impróprio, se foi posse própria ou posse imprópria que se queria adquirir), pode recusar-se a contraprestar e devolver o que recebera.

No sistema jurídico brasileiro, a matéria da evicção passou a ser geral aos contratos onerosos, de jeito que está obsoleta a regra jurídica do Código Comercial, art. 228: "O permutante que fôr vencido na evicção da coisa recebida em troca, terá a opção, ou de pedir o seu valor com os danos, ou de repetir a -coisa por êle dada (art. 215)

; mas se a êsse tempo tive? sido alienada, só terá lugar o primeiro arbítrio".

Lê-se no Código Comercial, art. 224: "Se uma coisa certa e determinada, prometida em troca, perecer sem culpa do que a devia dar, deixa de existir o contrato, e a coisa que já tiver sido entregue será devolvida àquele que a houver dado". A regra jurídica é a mesma do art. 865, 1.a alínea, do Código Civil, bem mais explícito- e abrangente.

À semelhança do art. 1.164 do Código Civil, já dizia o Código Comercial , art. 225: "Em tudo o mais, as trocas mercantis regulam-se

pelas disposições do Título VIII Da compra-e-venda mercantil".

Na troca, o contraente promete a outro que também lhe promete. Nenhum dos objetos é dinheiro. Não se deve interpretar o art. 224 do Código Comercial como se êle dissesse menos do que o art. 865, alínea lA, do Código Civil.

No caso de impossibilidade parcial, o problema toma outro aspecto e dêle falamos adiante, no § 4.341, 8 e 6. A culpa d"o devedor é elemento da maior relevância.

EFICÁCIA DO CONTRATO DE TROCA

§ 4.340. Vinculação e outros efeitos

1. VINCULAÇÃO. Com a conclusão do contrato de troca. cada um dos contraentes se vincula e fica devedor do outro daquilo que prometeu.

Também a troca, contrato consensual, não se confunde com os negócios jurídicos de disposição com que se adimplem as dívidas que dela nascem.

Qualquer dos contraentes está vinculado quer se trate

de troca de bens móveis ou de conjunto de bens imóveis, ou de ¾ bens imóveis, ou de bens móveis por bens imóveis a entregarão outro o que prometeu, livre de vícios de direito. O contrato não deixa de ser de troca se um dos contreentes, para equilibrar os valôres permutados, promete prestar, em dinheiro o que cubra a diferença. No que se refere a essa soma, as regras juridicas da compra-e-venda incidem mais completamente. Contudo, conforme antes dissemos, é preciso que o elemento mais relevante, como objeto do negócio jurídico, seja o bem vendível e não o preço. - .*1* 2. DIVIDAS E OBRIGAÇÕES . Cada contraente é credor dobem que o outro prometeu prestar. Se não há prazo para a entrega, as obrigações nascem à conclusão do contrato. Cada contraente tem a pretensão à entrega, sujeito, embora, à exceção *„nau adimpleti contractus* ou à *nau rite adimpleti contractus.* Se só há prazo para um, ao outro pode ser exigida a prestação, porque a sua pretensão já nasceu. Se há prazo igual para os dois, a cada um nasce a pretensão ao expirar. Se diferentes os prazos, a pretensão nasce ao

expirar o prazo para cada um. Se a troca é mercantil, é preciso, sempre, salvo se houve cláusula em contrário, que ocorram no correr dos dez dias e a interpelação judicial.

8. Riscos. Os riscos transmitem-se com a tradição do bem trocado.

§ 4.841. Ações oriundas do contrato de troca

1.AçÃo DECLARATÓRIA. A respeito da troca, é possível exsurgir o interêsse da declaração no tocante a existir ou não existir direito ou divida (ou, em geral, dever), pretensão ou obrigação, ou ação, ou exceção.

2.AçÃo PARA ADIMPLEMENTO E AÇÃO DE RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO. A propósito do adimplemento e do inadimplemento tudo se passa como a propósito do contrato de compra-e-venda, em se r

tratando de prestação de bem vendível.

8.AçÃo POR vicies DO DIREITO E AÇÕES POR vícios no OBJETO. Quanto aos vícios do direito, os princípios relativos ao contrato de compra-e-venda são os que regem a matéria em se tratando de contrato de troca.

No que se refere aos vícios do objeto, há a ação redibitória, porém não, em sua feição ordinária, a ação *quanti minoris.*

Desde cedo as ações edilícias nasciam da troca (cp. L. 19, § 5, e L. 68, D., *de aedilicio edicto et redh,ibitoria et quanti minoris,* 21, 1, com L. 19, § 5: .... . sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri"; L. 2, D., *de rerum permutatione,* 19, 4: a"... quoniam permutatio vicina esset emptioni *;* L. 62, D., *de jure dotium,* 28, 8; li 1, § 1, D., *de contrahenda emptione a de pactis inter emptorem et venditarem com positis et quae res venire non possunt,* 18, 1:

..... quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit"; L. 15, D., *q-uibus ex causis in.*

possessionem eatur, 42, 4). Em todo o caso, houve quem negasse a extensão do uso do edicto à *permutatio* (L.

ARNDT5, *Lehrbuch des Pandekten,* § 304, nota 1; G. F. PUCHTA", *Pandekten,* § 868; A. SCHLIEMANN, *fie fia/tung der Cedenten,* 182; contra, com razão, F. 1W. KIESCHKE, *De aediliciarum actionum doctrina,* 28).

.4

Cada contraente tem a responsabilidade pelos vícios do objeto, bem como pelas qualidades que assegure ter o bem dado em troca.

Na troca, não é possível, em princípio, redução da contraprestação.

Não é possível, em princípio; mas seria forçar-se quem prestou a sofrer a redibição, se não se lhe desse outro caminho. Se A trocou a sua casa com o terreno de B e a casa tem Nício oculto, que reduz a 10 o seu valor que, sem vicio, seria de 15, pode E pedir a indenização, que é de 15.

Ocorre o mesmo se sobrevém *ira possibilidade parcial quantitativa.* Se A trocou trêe cavalos pelo automóvel de B e, antes da entrega, morreu um cavalo, A tem de prestar os dois ca.valos mais a têrça parte do valor do automóvel. Se, em vez de morrer o cavalo, é destruido, em desastre, sem culpa de E,

o automóvel, não há razão para que A preste os cavalos. Se E foi o culpado, pode A exigir indenização dos danos. Segundo a *teoria da sub-rogação,* A teria de entregar os cavalos e receber dinheiro. Segundo a *teoria da diferença,* A poderia exigir a recepção dos cavalos por E.

No tocante à *redu$o* da prestação (pretensão e ação *quanti minoris),* logo se percebe que não se pode reduzir a prestação: tem-se de *reduzir* o valor. Se A trocou a geladeira por outra geladeira ou por outro bem e o que foi entregue tem vício do objeto, o caminho é fixar-se o valor da geladeira, ou do objeto viciado, para se saber qual a diferença entre o que valeria sem vício~ e o que vale! com o vício. Passa-se o mesmo em caso de *impossibilidade parcial quantitativa.* Por exemplo:

A trocou vinte cavalos por um barco e dois cavalos foram furtados antes da entrega, sem culpa do promitente.

Se A trocou com E um cavalo por um touro e o touro se perdeu ou foi furtado, sendo B culpado, A pode exigir indenização. Se o touro foi apenas ferido, o que lhe diminui o valor, por culpa de E, pode Á exigir o equivalente, ou aceitar o touro no estado em que se acha, com indenização, num e noutro caso, de perdas e danos.

4. AÇÃO PARA ADIMPLEMENTO. Ou já tenha entregue a prestação devida, ou ainda não a tenha entregue, tem o contraente a ação para adimplemento, se já nasceu a pretensão e o outro contraente se recusa a prestar. A indenização é pelo valor do bem que haja prestado mais os prejuízos que hajam advindo. O contraente, a quem não se presta, tem de ser colocado na situação econômica que seria a sua se o bem, que lhe era devido, lhe tivesse sido entregue. Segundo a *teoria da subrogaçdo,* o contrato bilateral subsiste: o dinheiro, com que se indeniza, põe-se no lugar do bem que teria de ser prestado e não foi. Se o contraente que não se recusa a adimplir o exige, tem de prestar, de sua parte, o que prometeu. Exige, prestando.

Segundo a *teoria da diferença, a* indenização é somente pela falta de adimplemento, wor não ter o contraente, que a pede, de prestar o que prometera. Supõe -se, aí, a extinção da relação jurídica que se irradiara do contrato de troca. Portanto, o que se presta comparados os valôres do que se teria de prestar e do que se deixara de prestar é a diferença a favor do contraente que não deixaria de adimplir. Cf. Tomo > XXIII, § 2.809, 15.

O contraente que exerce a pretensão à indenização doa danos tem de afirmar e provar que ainda não está obrigado > a prestar, ou que prestou. O demandado ou presta, ou alega impossibilidade, ou apenas se recusa a prestar.

r

O ônus de provar o valor do bem com que trocara o seu incumbe ao demandante, que é quem afirma valer mais do que > o bem prestado, ou que se prontifica a prestar.

Se a troca é entre coisa corpórea, ou incorpórea, e título de crédito vendível, tendo partido do dono dêsse a oferta em~ prospecto, o contraente, que o adquirir, pode responsabilizar o outro contraente se o prospecto era deficiente ou falso. Não se podem invocar, ai, as regras jurídicas sôbre vícios do objeto (KARL BLESCI-I, *Haftung aus dem Prospekt,* 15 s.). A indenização ou é pela falta de qualidade, ou pelo ato ilícito absoluto.

5.RESOLUÇÃO POR INÁDIMPLEMENTO. O contraente, a que o outro não presta o bem trocado, pode pedir a resolução por inadimplemento. A relação jurídica que se irradiara é posta de lado. O inadimplente tem, contudo, de indenizar.

6.IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO. No art. 865 do Código Civil diz-se que, "se... a coisa se perdeu sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente condição suspensiva,.

fica resolvida a obrigação" para ambos os contraentes, mas, "se a perda resultar de culpa do devedor, responde êste pelo equivalente, mais as perdas e danos". A eficácia do contrato permaneceu.

A propósito da troca, o assunto cresce de importância. Permuta A o seu quadro a óleo, cujo valor é de 10, por uma jóia, que é de B e cujo valor ascende a 15. Concluído o contrato de troca, B recebe o quadro a óleo, mas a jóia foi roubada sem se esperar que se encontre o ladrão, e B teve culpa por tê-la deixado fora do cofre. ~ A pode pedir a devolução do quadro a óleo, *ou* a indenização de 15, por inadimplemento? Também é discutido se pode exigir a devolução do quadro a óleo mais 5, expressão da diferença entre a prestação feita por êle e a que teria de ser-lhe feita. No direito brasileiro, se pede a *resolução por inadimplemento,* tem direito a indenização (Código Civil, art.

1.092, parágrafo único) ; se somente pede a *indenização ,* essa é do equivalente *mais* perdas e danos (arts. 865 e 1.056). Assim se restabelece a situação econômica que seria a de A se houvesse recebido a jóia.

De lego ferenda, há, de um lado, *(a)* quem sustente que não deveria poder o contraente manter a sua prestação para obter o interêsse econômico-financeiro, digamos integral. De acôrdo com tal convicção, teria de reaver o que prestou, deduzindo da indenização o valor da prestação (= só teria de exigir 5). Voltar-se-ia ao passado, com a indenização do que perdeu de valor. Do outro lado, há *(b)* os que preferem a alternatividade: *ou* reaver, *ou* exigir a indenização integral. Finalmente, há (r) os que permitem a exigência integral, ou a resolução por inadimplemento, com indenização de 5 e mais danos.

No Código Civil austríaco, § 921, adotou-se a solução *(a),* No Código Civil alemão, §§ 828, 825, 827 e 846, seguiu-se a solução *(b).* No Código Civil brasileiro, art. 865, 2.~ alínea, a solução (o).

A exigência integral supõe que o contraente mantenha a sua prestação, a despeito do ocorrido, o que é assunto mais seu do que de quem quer que seja. Contou com a contraprestação. Não a pode obter em natura, prefere à resolução a indenização total, isto é, o equivalente *mais* o que cubra os danos. Se prefere a resolução, cabe-

lhe repelir o que foi impossibilitado: entrega-lhe o bem o outro contraente, porém indeniza quanto à diferença e outros danos.

Título XXV

GENERALIDADES

§ 4.342. Contratos onerosos de alienação

1.ALIENAÇÃO E CONTRAPRESTAÇÃO . Na compra-e-venda há promessa de alienar a propriedade e a posse, ou só aquela, ou sé essa, com a promessa de pagamento (contraprestação). Na troca, a promessa de alienação da propriedade e da posse, ou só da propriedade, ou só da posse, é por parte de ambos os contraentes.

Há, porém, outros negócios jurídicos onerosos de promessa de alienação que não são compra-e-venda nem troca.

2.TÉCNICA DO DIREITO BRASILEIRO. À diferença dos outros sistemas jurídicos e acima dêles, o Código Civil pôs a matéria dos vícios do objeto e dos vícios do direito na parte geral relativa ao~ contratos, de modo que r

perdeu importância a remissão ao direito sôbre a compra-e-venda no tocante àevicção, à redibição. e à diminuição do preço É ineliminável, porém, a disciplina comum, em muitos pontos.

§ 4.343. Exemplos de contratos de alienação sem serem de compra-e-venda 1. TRANSAÇÃO. A transação pode ser contrato oneroso de alienação (ou de promessa de alienagão), parecido com o de compra-e-venda, sempre que aquilo com que se transige épropriedade e posse, ou propriedade ou posse do transigente. As regras jurídicas da compra-e-venda incidem em tudo qne não se choque com algum dos arts.

1.025-1.036 do Código Civil. Quanto ao art. 1.027, □

2 a parte, convém lembrar-se o que se escreveu no Tomo

XXV, §§ 3.028, 5, 8.029, 1, 3.042, 1, 3.043, 3, 3.044, 1.

2. CONTRATO ESTIMATÓRIO. No contrato estimatório *(Trodelvertrag),* o elemento mais frequente é o do intuito de alienar, que tem o *tradens,* e a livre disponibilidade pelo *aooipiens.* Quem transfere a posse do bem quer aliená-la e receber a contraprestação, fixada, pelo menos, no momento da entrega (contraprestação determinada, ou determinável, à semelhança do que se passa com o contrato de compra-e-venda), porém ao recebedor do bem cabe a faculdade de pagar dentro de certo prazo, ou restituir o bem, dentro de certo prazo. Ao transferente não toca qualquer direito de dispor do bem, nem qualquer pretensão a êsse respeito; tem o poder de disponibilidade o outorgado. O único ensejo que tem o transmitente é aquêle de ser-lhe restituido o bem pelo recebedor, sponte *sua.*

-venda de património, pois os vícios do objeto têm de ser tratados, sendo o caso, como se o contrato fôsse contrato de compra-e-venda de cada um dêles.

2.SISTEMÁTICA DA RESOLUTIVIDADE. No direito brasileiro admite-se a resolução da propriedade, quer sôbre imóvel quer sôbre móvel, ressalvados os direitos de terceiro, se não houve publicidade que tenha efeitos contra êle.

3.NEGÓCIO JURÍDICO DE cOMISSÃO. O negócio jurídico de comissão é aquêle pelo qual o comissário pode praticar os atos que o comitente poderia, inclusive alienar. Cp. Código Comercial, arts. 165-190. Do contrato de comissão, como de outros contratos, trataremos nos lugares devidos.

4.CONTRATO DE INVERSÃO NO CAPITAL SOCIAL. Os negócios jurídicos pelos quais se transfere a pessoa jurídica ou sociedade a propriedade e a posse, ou a propriedade, ou a posse de determinado bem, ou de determinados bens, ou de bem determinável, ou de bens determináveis, também se assemelham ao contrato de compra-e-venda sem que com Ale se confunda.

§ *4.344.* Compra-e-venda e promessa de alienação sem ser compra-e-venda 1.INCIDÊNCIA DE PRINCIPIOS. Nos negócios jurídicos que levam à alienação sem que sejam contratos de compra-e-venda, as regras jurídicas concernentes à compra-e-venda incidem até onde não o impeçam os elementos distintivos de cada contrato. Aliás, isso

ocorre mesmo entre os negócios jurídicos que se hão de reputar de compra-e-venda, como o contrato de *compra-e-venda de emprêsa* ou *compra-e-Venda*

CAPITULO II

CONCEITO E NATUREZA DO CONTRATO

ESTIMATÓRIO

§ 4.345. Conceito de contrato estimatório

1.DIREITO ROMANO E CONTRATO ESTIMATÓRIO. As fontes romanas não falam de *contractus aestimatorius,* mas apenas de *adio aestimataria,* que era *actio praescriptis verbis.*

O *aestimaturn,* o contrato estimatório, foi o contrato que o Edicto tomou por exemplo dos contratos inominados.

O contrato estimatório está na L. 1 e na L. 2, D., *de antimataria,* 1~, 3. Mas alguns outros passos se referem ao suporte láctico do negócio jurídico estirnatório *(e. g.:* L, 44, D., *pra ,wcio,* 17, 2; L. 13, pr., e L. 17, § 1, D., *de praescriptis verbis d ii>. factum actionibus,* 19, 5; cp. PAULO, *Sententiae,* 2, 4, § 4), pôsto que alguns erradamente o façam, como a L. 11, pr., D., *de rebus Sreditis si certurrt petetur et de candictione,* 12, 1, a L. 19, r

D., *de praescriptis verbis et in factum actionibus,* 19, 5, e a L. 5, § 18, D., *de tributaria actione,* 14, 4, onde o contrato é outro, a compra-e-venda para revenda, na qual a propriedade se transmitç, e não o *contractus aestimatorius,* ef. KARL FRIEDRICHS, *Tr6delvertrag und Canditiansvert‟rag,* 1, nota 2).

A confusão com outros contratos permaneceu lóngo tempo, com cerradas e insistentes controvérsias *(e. g.,* em A.

nE LEYSER, cf. MERKEL, Der Trõdelvertrag, 3‟. WEISKE, *Rechislexikon,* 11, 585; W. X. A. voN

KREITTMAYR, *Anmerkungen ilber den* Codicem Turis Bavarici civilem, 4, 12, § 4-a, e A. BRINz, *Xritische Rkitter civilistischen fnhalts,* 1, 4). Cp. Codex luris

Bavarici, 4, 12, § 4; Preussisches Alígemeines Landrecht, 1,.

2.CONSENSUALIDMDE DO CONTRATO ESTIMATÚRIO. Nos tempos de hoje, a exigência da realidade dos contratos já é chocante. „O que a mentalidade contemporânea exige é que se vincule quem prometa. Ter como elemento essencial do contrato estimatório a tradição da posse lembra o milênio passado (cf. ERNST

MICHAELIS, *Der Tràdetvertrag,* 20; KARL WOHLPARTE, *Der Trõdelvertrag,* § 2). Dai ter-se firmado a opinião acêrca de ser consensual o contrato estimatório *(e. g.,* em 1840,.

K.A. D. UNTEREOLZNER, *Queltenmdssige Zusammenstellung der Lehre des rômischen Rechts van den Schuldverhtiltnissen,* II, 804; em 1851, E». CHAMBON, *Beitrâge zum Obligationen-. recht, 46;* em 1852, A.

BRTNZ, *Kritische Bliitter civilistisefle Inhalts,* 19; K. AD. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten,* III, 689; F. FÕRSTER, *Theorie und Prazis,* II, 176; A. BECaMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht,* II, 442).

Josr~ UNOER (Realcontracte im heutigen Rechte, *Jahr-bitcher fúr die Vogmati.k,* VIII, 18) considerou consensual o contrato estimatório. Com tôda a razão. Se real não fôsse, somente se teria contrato estimatório quando o comerciante recebesse a mercadoria, por exemplo quando os livros enviados pelo editor chegassem à livraria, e não poderia o outorgado contar com os livros que êle, sabendo que viriam, ou estariam a chegar, para atender à freguesia. O contrato estimatório de livros, como os demais contratos estimatórios, conclui-se antes de ser feita a tradição, se essa não foi simultânea (mesmo no direito italiano, GALLUPPI, *Ii Contratto librario in conto depo sito,* 111).

Alguns juristas que pretendem manter a afirmação de ser contrato real o contrato ~stimatório, para que não fique vazio de juridicidade o tempo intercalar entre o *consensus* e a tradição, isto é, para se forrarem aos inconvenientes de considerar revogáveis as manifestações de vontade, recorrem à figura do pré-contrato, ora bilateral ora unilateral. Alguns vão mais longe no artifício: apontam o pré-contrato e, como se estivesse por trás dêle, contrato real que se vai concluir. O editor que contratou, estimatôriamente, a exposição de todos os livros novos que editasse, teria apenas pré-contratado. A cada entrega concluir-se-á contrato estimatório. Tantas entregas, tantos contratos.

Tudo isso é insustentável.

A posse do outorgado pode ser anterior, simultânea ou posterior ao consenso, porém é preciso que seja posse própria, em virtude, portanto, de acôrdo de transmissão da posse própria, para que se tenha por satisfeita a promessa do outorgante. Com ela é que se integra o poder de dispor, que se outorgou.

Se os bens chegaram a quem vai ser outorgado e ainda não se operou o consenso, ainda não tem o recebedor a posse própria e o poder dispor, que a tradição pelo inadimplemento pelo vendedor ou pelo outorgante em contrato estimatório pode atribuir. A tradição *brevi manu* é que transformará em posse própria a posse do vendedor.

O consenso sôbre a *aestirnatio* e as demais cláusulas do negócio jurídico é que compõe o contrato estimatório. Se o bem estava, em virtude de alguma relação possessória, com o outorgado, é preciso que se faça própria a posse que o outorgado tinha. Não é o consenso que a transforma; é o acôrdo de transmissão.

§ 4.346. Contrato estimatório e contratos parecidos

1.CONTRATO DE COMISSÃO DE VENDA. O contrato estimatório é inconfundível com o contrato de comissão (cf. ED. CHAMBON, *Reitrãge zum Obligationenrecht,* 1, 9 s. e 92 s.; A. BRINZ, *Kritische BIiitter civilistisch.en Inhalta,* 18 s.). Parece ter sido II. *G.* GENGLER *(Lehrbuch des deutschen Privat#ech,ts,* 1, 468) quem mais o confundiu com o da comissão de venda, chegando a identificá-los (crítica de G. C. TRETTSCHICE, *Rechtsgrundsãtze vom Commissianshandel,* 22). Na comissão de venda há a atividade do comissário como conteúdo, o que de modo nenhum se observa no contrato estimatório (ED. CHAMBON, *Beitrdge zum Obligatianenrecht,* 1, 108 s.; F. REINHOL», *Der Tródelvertrag,* 9 s.; sem razão, A. BIuNz, *Kritische Bldtter civilistischen Inhalts,* 1, 10).

r

Na literatura portuguêsa, COELHO DA ROCHA *(Institui~* II, § 825, 648) considerava espécie de comissão o contrato estimatório.

O bem é entregue para que o outorgado o venda *("cum* res aestimata vendenda datur", L. 1, pr., D., *de aestimatoria,* 19, 3).

Pode ocorrer que se dê para vender sem que o contrato se considere

contrato estimatório, isto é, sem que por direito romano tivesse o outorgante a adio *cestimatoria.* Se o outorgante entregou o bem para que o vendesse o outorgado sem qualquer vantagem, mesmo eventual, para êsse, tem-se de pensar em mandato,. e não em contrato estimatório (L. 1, pr., *verbis* "an mandati"). Se o outorgante prometeu pagar o serviço de vender, ou se o outorgado o tem de cobrar ao comprador (L. 1, pr., *verbis* "an ex conducto, quasi operas conduxissem" >, houve locação de serviços ou de obra. Se a contraprestação não foi fixada em dinheiro, houve contrato semelhante ao de locação. Pode ter havido negócio jurídico de sociedade (L. 44, D., *pra* sacio. 17, 2). Outras espécies de contrato s&o possíveis. O contrato estimatório, êsse, tem o seu suporte fáctico bem definido.

„O outorgado, no contrato estimatório, tem oportunidade de vender ou por outra maneira alienar por valor maior do que o preço que prometeu, sem que fique dono e sem que não possa devolver o bem.

As grandes emprêsas empregam o contrato estimatório, quase sempre sem que hajam aprofundado o conhecimento da sua estrutura. Os retalhistas precisam de tais negócios, bem assim o comércio de jóias e de pedras preciosas. De ordinário, juntam cohtratos diferentes de alienação sob o nome comum, extrapolado, de

"comissão". Inverídico é dizer-se que o contrato estimatório só interessa a vendedores ambulantes, como está em MERKEL e outros, *e. g.,* ainda no fim do século passado,F.REINHOLD *(Der Trõdelvertrag,* 27).

No contrato estimatório e na comissão de venda estima-se o bem, mas o que se obtém, a mais, importa, nesse contrato, ao outorgante e ao outorgado, ao passo que, naquele, só ao outorgado.

A tradição é a mesma, porém a posse é diferente: o comissário tem a posse imediata imprópria, o outorgado do contrato estimatório tem a posse própria, que se separou do proprietório (outorgante).

O comissario não pode aceitar outra contraprestação que a do preço em moeda corrente (porque, fora daí, se trataria de comissão de troca ou outra espécie, e não de comissão de venda). O outorgado de contrato estimatório aceita a prestação que entende e talvez nem sequer venda.

O comissário de venda é vinculado a vender, e não só autorizado a isso.

Os riscos, no contrato estimatório, vão todos ao outorgado. Cf. EDUAR» ARNOLD *(tiber den Trãdelvertrag und insbesondere sem Verhi.iltnis zur Verkaufskommission,* 1 s.).

2.CONTRATO ESTIMATÓRIO E SOCIEDADE. ULPIANO, na L. *44,* D., *pra sacio,* 17, 2, e na L. 17, § 1, D., *de praescriptis verbis et in factum actionibus,* 19, 5, já havia apontado a distinção. Se eu te houver dado margaridas (pérolas) para vender, de modo que, se as venderes por dez, me entregarás os dez e, se por mais, ficarás com o excesso, parece-me, diz ULPIANO, que, se, isso se fêz com ânimo de contrair sociedade, há a ação *pra* soda e, se não, a ação *pruescriptis verbis* ("si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis"). Se eu te houvesse dado, com avaliação, umas pérolas, para que ou me as devolvas, ou o preço delas, e antes de as venderes elas se perderam, ~de quem é a perda? Disse LABRÃO, o que também escreveu POMPÕNIO, que, se verdadeiramente, como vendedor, te fiz o pedido (ego te venditor rogavít), a perda é minha, e se tu me pediste a mim, é tua, e, se nenhum de nós pediu, e apenas consentimos, te obrigas a responder-me só pelo dolo e pela culpa. Mas a ação, por essa causa, certamente é a *praesoriptis verbis.*

O que ressalta é que se levou em conta a especulação; ali dos dois, *soou,* aqui, de cada um, separada-mente (Ev.

CHAMBON, *Beitrãge zum Obligatianenrecht,* 1, 107 s.; A. BRINz, *Kritische Bb"itter oivilistischen Inhalts,* 1, 17; RICHARD GLUM, *tiber die Gefahr beim Trôdelvertrage nach rômiseflem Recht,* 1 s.).

Quanto ao texto, ou os compiladores são responsáveis pela falta de fundamentação, ou o próprio jurista deixou ao interêsse do pedido, o que seria estranho, a determinação da estrutura do negócio jurídico.

1H. DEaNBUaO *(Pa.ndelcten,* lÃ, qa ed., 380, nota 8) entendia que o "rogare" implicava o próprio interêsse e só ocorreria em tal caso (sem razão, cf. RICHARD GLUM, *Die Gefa.h,r beim Trõdelvertrage,* 1 s.).

3.CONTRATO ESTIMATÓRTO E LOCAÇÃO DE SERVIÇOS OU DE

OBRA. Na locação de serviços ou de obra, o outorgado é autorindo e vinculado ao serviço ou ao ato e opera em lugar do locatário, o que não se passa quanto ao contrato estimatório <Efl. CHAMBON, *Beitrdge zum Obiigatianenrecht,* 1, 99 s.;F.REINHOLD, *Der Trõdelvertrag, 9.*

r

4.CONTRATo DE COMPRA-E-VENDA CONDICIONAL E CONTRATO ESTIMATÓRIO. Muitos juristas confundem o contrato estimatório com o contrato sob condição, como se dá em relação ao contrato de mandato e o de comissão de venda.

A afirmação de que o contrato estimatório é espécie de compra-e-venda é falsa. NAà se chegaria, porém, com ela, à asserção de se transferir, à sua conclusão e à entrega de bem, o direito de propriedade. A própria comprae-venda não o transfere. O êrro teria consistido, portanto, em se considerar acOrdo de transmissão do direito de propriedade o ato subjacente à entrega do bem. Ter-se-ia visto acOrdo de transmissão do direito de propriedade no que em verdade fOra apenas acOrdo de transmissão da posse.

A concepção do contrato estimatório como compra-e-venda sob condição não é admissível. Primeiramente, se tal fOsse possível, já existiria compra-e-venda e a tradição teria transferido a propriedade. Por outro lado, dizer-se que se trata de compra-e-venda futura não é identificar-se com a compra-e-

-venda condicional o contrato estimatório.

Também é de repelir-se a explicação do contrato estimatârio como ~e houvesse dois negócios jurídicos, o negócio jurídico autorizativo e o negócio jurídico de vinculação. Nem seria de acolher-se a de que há obrigação suspensivamente condicional de pagar o preço e a resolutivamente condicional de restituir.

5.PODER DE DISPOSIÇÃO E CONTRATO ESTIMATÓRIO. As teorias que tentaram explicar o contrato estimatório pela só referência a atribuição de poder de disposição em si e por si tomam para explicação o que tem de ser explicado.

6.FUNDO DE EMPRÊSA E PODER DE DISPOR. Tão-pouco se há de explicar o poder de dispor que tem o outorgado, no contrato estimatório, como poder de dispor que tem todo titular de emprêsa, pois o direito do outorgado e a posse do bem se integram no fundo de emprêsa. A posição do outorgado, no contrato estimatório, pode não ser a de dono de emprêsa.

7.CONTRATO ESTIMATÓRIO E DIREITO REAL. Pensou-se que o outorgado, no contrato estimatório, tem *direita real* a dispor. Que direito real seria êsse? Não se trataria de compra-e-venda, mas de tradição com a eventual alienação pelo outorgado, ou a restituição . O poder de disposição resultaria de direito que o outorgante tiraria ao direito de propriedade, direito real limitado, de que o dono do bem dispôs separada-mente. Estar-se-ia diante de direito real limitado não enumerado nas leis. Para chegar a essa explicação, ANGELO DE MARTINI *(Pra fiji deita Vendita oammerciale e dei Cantratio estimataria, 447* s.) invoca o art. 1.558 do Código Civil italiano:

"Sono validi gli atti di disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finchê non ne sia stato pagato il prezzo. Colui che ha consegnato le cose non puô disporne fino a che non gli siano restitute". O art. 1.558 do Código Civil italiano não basta à explicação, porque a explicação, que satisfizesse, teria de ser, também, explicação dêle. „Ora, o bem não está gravado, o dono dêle não pode dispor do direito de propriedade, nem gravar o bem, e o poder de disposição está com o outorgado. Nunca se ousou considerar direito real o poder de dispor. O que é preciso e o que se pede é que se explique porque o outorgado tem êsse poder de livre disposição (cf. J. *vow* SCHEY, *Die Obligatiansverhsiltnisse des Osterreiohischen allgemeinen Privatrechts,* 1, 488 s.).

8.CONTRATO ESTIMATÔRIO E COMPRAS-E-VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. O outorgado no contrato estimatório tem mais podêres do que o comprador que recebeu o bem com reserva de domínio, porque, na compra-e-venda com reserva de domínio, a posse que se entrega é posse imediata imprópria,e não posse própria, e o comprador, na compra-e-venda com reserva de domínio, não recebeu podêres de disposição.

9.CONTRATO ESTIMATÓRIO E NEGOCIO JURÍDICO FIDUCIÁRIO.

No negócio jurídico fiduciário, o outorgante, fiduciante, transfere ao outorgado, fiduciário, a propriedade do bem para que êsse lhe dê o destino que interessa ao fiduciante. No contrato estimatório, a transmissão da propriedade não ocorre desde logo; só a transmissão da posse própria, quando se entrega o bem.

10. CONTRATO ESTIMATÓRIO E DEPÓSITO. Também se pretendeu assimilar o contrato estimatório ao depósito *(e. g.,* L. BOLAFFIO, 11

Contratto estimatorio quale atto oggetivamente commerciale, *Rivista dei* r

Diritto commerciale, 1919, 1, 381 s.). Não há nenhuma custódia, no tocante ao outorgado do contrato estimatório: ao receber o bem, é possuidor próprio.

11.CONTRATO ESTIMATÓRIO E MANDATO. Nenhum mandato há no contrato estimatório. O outorgado recebe o bem, tornando-se possuidor próprio, e tem poder de disposição. Ainda mais: o outorgado de modo nenhum assume a obrigação de cuidar da venda. Sem razão: ANGELO SRAFFA (Contratto estimatorio, *Dizionariu pratico di Diritto privato,* 455), J. W. fizDEMANN *(Schuidrecht des RGB.,* 3.‟ ed., 212) e outros.

12. ACORDO DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE E CONTRATO ESTIMATÓRIO. A afirmação de que a propriedade se transfere ao outorgado no momento da tradição é falsa. Não serve para sustentá-la o argumento de que o outorgado tem plena disponibilidade do bem, assim jurídica como materialmente. O

possuidor próprio, que não é proprietário, dispõe completamente, no sentido jurídico e no material, pOsto que possa estar exposto a reivindicação, a vindicação da posse e a ação de esbulho. O marido ou a mulher casada pode dispor de certos bens comuns.

As conveniências, bimilenarmente reconhecidas, do contrato estimatório, seriam postas de lado se o outorgante e o outorgado tivessem de pagar os impostos e mais tributos de alienação e de aquisição da propriedade antes de aquêle receber o preço e de êsse tirar proveito do bem digamos da mercadoria *e. g.,* se não o vendeu. Mais: teriam de incidir os impostos e mais tributos no ato de restituição, que importaria, *ex hijpotkesi,* alienação pelo que fOra outorgado e aquisição pelo que fOra outorgante.

Falsa também a afirmação de que o outorgado não tem a obrigação de restituir. Tem-na. O que acontece é que a obrigação é alternativa: o outorgado escolhe (ou já escolheu) entre restituir ou pagar o preço. Dizer-se que há a faculdade de restituir, e não a obrigação, é deixar-se de ver a alternativa da dívida. Argumenta-se que não seria normal a obrigação de restituir o bem se falta a obrigação de custódia, pois a falta de custódia pode frustrar a obrigação de restituir *(e. g.,* GIoVANNI BALBI, *Ii Contratto estimatorio,* 24). Nem tOdas as obrigações de restituir supõem a guarda ou custódia. Expirado o

prazo, o outorgado tem de pagar o preço, porque a restituição só era obrigada alternativamente e a alternatividade extinguiu-se no último momento do prazo.

Certamente, expirado o prazo, o preço é devido, e o outorgante não mais está sujeito à alternatividade. O

outorgante era o dono, tanto assim que a restituição não importa negócio jurídico de compra-e-venda sujeito a selos, impostos e formalidades. Quem sustenta que a propriedade se transferiu ao outorgado, tem de admitir que a restituição é outra alienação da propriedade: outorgante alienou, outorgante adquire. Mas isso destoa da história e da própria estrutura do contrato estimatório.

O outorgante tem o direito de reivindicação contra terceiro, embora, antes do têrmo, o outorgado tenha livre poder de dispor ou de restituir. Ao. têrmo ou, mais exatamente, no dia imediatamente anterior àquele em que êle ocorre o outorgado ou restitui ou deve o preço. SOmente nesse momento é que juridicamente se lhe transfere a propriedade e, pois, sOmente nesse momento podem incidir os impostos e outros tributos concernentes à alienação e à aquisição da propriedade. A situação do outorgado, antes do *dies ad quem,* é a de quem *deve,* porém ainda não *está obrigado* à restituição ou ao preço. Está obrigado a isso no momento em que vai expirar o prazo e nesse momento, se não restitui, escolheu aquisição da propriedade. Por isso só deve o preço. Nem poderia haver reivindicação antes, nem depois, razão por que não são apenas improcedentes os argumentos que insistem na irreivindicabilidade como prova da transmissão da propriedade na ocasião mesma em que o outorgante entrega o bem ao outorgado. Aliás, o proprietário pode não ter a pretensão à reivindicação sem ter perdido o direito de propriedade, pois quem deu posse e não é vítima de esbulho por parte do possuidor não tem pretensão à reivindicação.

O outorgante transferiu a posse própria e não a propriedade, e foi isso o que sempre caracterizou a entrega do bem ao outorgado, em se tratando de adimplemento de contrato estimatório. Não pode reivindicar, porque, precisamente, o que êle transferiu foi a posse própria. Tanto destoa do instituto. *a* atribuição de ação reivindicatória do *tradens,* como fêz a Cassação italiana, a 14 de fevereiro de 1947, como a concepção de GIOVANNI BALBI, a respeito da transferência da propriedade. A ação de reivindicação não a tem o outorgante porque não teria qualquer outro outorgante, mesmo fora do contrato estimatório, que tivesse feito alternativa restituição ou preço a obrigação do outorgado (J. II. BOEHMER, De Transíatione dominii in

contractu aestimatorio, *Exercitationes ad Pandectas,* 1H, § 36), ou quem o que é razão a mais tenha atribuído a outrem a posse própria.

A ação de reivindicação toca ao outorgante, porque entende com a propriedade, não, está evidente, contra o outorgado, que do direito de propriedade pode dispor. O outorgado tem a vindicatória da posse (Código Civil, art.

r

521), ou as ações possessórias, conforme os princípios. Se o outorgado é molestado pelo outorgante, tem contra êle as ações do contrato estimatório e as ações possessórias, se houve esbulho ou turbacão da posse própria.

Durante o prazo, o outorgante não pode alienar a propriedade, porque lhe falta o poder de dispor: quer o poder de dispor da posse, que êle transmitiu, quer o poder de dispor da propriedade de que, com a transmissão da posse própria, se desmuniu.

(Incidentemente, observemos que se há de evitar a confusão entre *contrato de compra-e-venda* e *alienação.* O

outorgante, no contrato estimatório, não pode alienar o bem estimado, porque lhe falta o poder de dispor. Isso não significa que não possa *vender* a propriedade, que está com êle, e até a posse própria, que está com o outorgado: poderia terceiro vender as duas, uma vez que nada obsta a que alguém venda o bem alheio. Não poderia transferir a propriedade, não poderia adimplir o contrato de compra-e-venda, salvo adquirindo a propriedade e a posse.) Para propor a ação de reivindicação, basta que o outorgado haja escolhido entre restituir e pagar o preço.

Se alguém vai contra o outorgado, dizendo-se proprietário e possuidor próprio, o outorgado pode chamar à autoria o outorgante porque êsse lhe deu poder de disposição da propriedade fundado na posse própria (Código de Processo Penal, art. 95).

§.4.347. Elementos do contrato estimatório

1. PRECISÃO CONCEPTUAL. O contrato estimatório é negócio jurídico bilateral em que se atribui o poder de disposição, entregando-se ao outorgado a posse própria.

O outorgado obtém o poder de uso do bem, e não só o poder de dispor. A razão de tudo isso, que foge à normalidade dos negócios, apenas está em que se transmitiu tOda a posse, e a posse entregue é posse própria.

2. FIGURANTES. O outorgante é o titular do direito de propriedade e da posse própria. O outorgado, êssé, vai receber a posse própria e o poder de dispor. Até que a tradição se dê, a situação d& outorgado não é a de quem está em situação de praticar todos os atos necessários à alienação do bem estimado; porém, se já recebeu o poder de disposição, da propriedade pode dispor com a cessão da pretensão à entrega (Código Civil, art. 621), ou a promessa de transferir a posse própria.

A compra-e-venda pode ser aqualquer pessoa, e é isso o que mais acontece; porém nada obsta a que se diga qual o círculo dentro do qual se há de vender, ou a quem se há de vender (RÂRI. FRIEDRICHS, *Trõdetvertrag und Conditions vertrag,* 19)~

No próprio direito romano, não há texto segundo o qual o objeto do contrato estimatório tenha de ser bem móvel, e nunca bem imóvel. Na L 1, § 1, D., *de aestimatoria,* 19, 3, a expressão "rem ipsam incorruptam reddere" faz pensar-se em que também se pudesse contratar estimatôriamente em relação a bens imóveis. A respeito, convictamente, MERKEL (Der Trõdelvertrag, J. WEISKE, *Rechtslexikon fiir Juristen,* 11, 537), sem razão, F.

REGELSEERGER (Trddelvertrag, FR. VON HOLTZEN»ORFF, *Enovelopâdie der Reckt~wissenschaft,* II, .f, 912). Devemos entender, como sustentava MERKEL, "tôdas as res in commercio, móvel ou imóvel, mesmo obrigações e ações (Processe> ".

Aqui, é o momento para se ferir um ponto, que assaz interessa: o contrato estimatório mais frequente é o *ad vendendum,* o que tem por objeto bem corpóreo ou bem incorpóreo suscetível de propriedade e posse. Mas isso não pré-exclui que a estimatoriedade seja para a alienação de bens incorpóreos não suscetíveis de compra-e-venda (= que não sejam objeto de propriedade e posse). Outra figura exsurge, dentro da classe dos contratos estimatórios.

Patrimônio, *e. g.,* fundo de emprêsa, pode ser objeto de contrato estimatório. Outrossim, qualquer universalidade de fato.

3.OBJETO DO CONTRATO ESTIMATÓRIO. O objeto do contrato

estimatório, *stricto sensu,* é o bem vendível que foi estimado para que o outorgado ou o vendesse (ou o comprasse) ou o restituisse. Uma vez que não há regra jurídica que pré-exclua a *aestimatio* dos bens imóveis, ou dos bens móveis cuja transmissão dependa de registo, o que se há de entender é que podem ser objeto de contrato estimatório todos os bens que poderiam ser vendidos.

TEIxEIRA DE FREITAS *(Esbôço,* art. 2.105, § 12) pretendia proibir o contrato estimatório a respeito de bens imóveis.

Não há, no direito brasileiro, regra jurídica como a do Preussisches Alígemeines Landrecht, II, 11, § 511, ou a do Código Civil saxônico, § 1.291, ou a do Código Civil austríaco, § 1.086. Nem a limitação romana, se tivesse existido, teria, hoje, razão de ser.

r

O que é preciso é que tenha havido a outorga de podêres para o acôrdo de transmissão da propriedade, uma vez que há a exigência da transcrição no registo de imóveis. Mas isso se há de entender necessário sempre que a simples tradição da posse do bem móvel não baste à transmissão da propriedade (= sempre que o registo fôr pressuposto necessário da transmissão da propriedade).

4. AÇÕES SÔBRE O BEM ESTIMADO E O PREÇO. O bem pode ser específico ou genérico. Nada obsta a que se trate de bem fungível, pôsto que, aí, a vontade dos figurantes possa mudar de figura contratual, o que é mais provável. O que se há de exigir é o modo de eventual restituição em conseqUência de medidas concernentes à não-transferência da propriedade.

A determinação do valor do bem, da *res aestimata ad vendendum data,* é conforme os princípios concernentes à compra-e-venda. O que é imprescindível é que o preço seja determinado ou determinável. O que importa é que se saiba qual ~o preço que o outorgado tem de pagar se o vende a outrem, ou se o compra. O preço pelo qual o outorgado vende pode ser superior, de muito, ou inferior, ao preço que terá de pagar, se não restituir o bem estimado.

A determinação ou a determinabilidade do preço é, portanto, essencial. O outorgado *quis* o valor, que êle atribui ao bem, ou o bem em restituição. O bem pode valer mais, ou valer menos. (Érro grave o de L. BOLAFETO, 11

Contratto estimatorio qúale atto oggetivamente commerciale, *Rivista dei Dititto*

 Commerciale, 1919, 1, 385 s., foi o de falar de preço ato unilateral do outorgante.) No contrato estimatório pode-se incluir a cláusula de que o outorgadó venderá por certo preço, ou por algum preço determinável, que, necessàriamente, para dar ensejo ao lucro do outorgado, há de - ser superior ao preço pelo qual o outorgado tem de se liberar. Os elitôres e os fabricantes de artigos comerciais remetem por um preço, mas de ordinário limitam o preço pelo qual as livrarias ou os vendedores hão de vender o que se remeteu.

Também é usada a *aestimatio* percentual sôbre o preço por que se vender, mas, aí, o outorgado que não vende ou restitui ou paga o preço corrente, ou outro que se aponte. Na falta, tem de ser avaliado o bem. Mas essa omissão perturba a simplicidade do contrato estimatório.

De ordinário, o preço, a *aestimatio,* é abaixo do preço <corrente, ou do mercado, para que o outorgado tenha interêsse na venda ou na compra. Em todo o caso, se, por exemplo, o contrato estimatório foi para que o outorgado experimentasse o mercado, ou para propaganda do próprio outorgado, pode ocorrer que haja interêsse do outorgado em vender sem Lucro pecuniário.

Sustentava, *e. g.,* A. BRINz *(Kritische Bhtitter civilistischen Inhalts,* 18), e, como êle, F. REINHOLD *(Der Tràdelvertrag, 4),* ser essencial a possibilidade de venda por maior preço do que a *aestimatio.* Idem, O.

SCHAPPS *(Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionttrs nach HGB. Art. 376 u. 378, 9).* Os textos romanos levaram a essa convicção (L. 44, D., *pro socio,* 17, 2; L. 13, pr., D., *de praescri*"*ptis verbis* a *in ~factum actionibus,* 19, 5; L. 1, § 1, D., *de aestimatoria,* 19, 3: .... . aut aestima tionem de qua convenit"; L. 17, § 1, D., 19, 5: „a... aut pretium eorum").

Se o outorgado tem dinheiro com o outorgante, pode ter interêsse em vender pela mesma *aestimatio* (cf. C.

MATTHIA~, *Controversen-Lexikon des rómischen Civilreckts,* 359; KARL. FRIEDRICES, *Trãdelvertrag und Conditionsvertrag, 9*>.

O que hoje devemos entender é que o outorgado, concluído o contrato e recebido o bem, ou o restitui, ou presta a *aestimatio,* sem que seja obrigado a informar sôbre o preço alcançado, ou dêle tirar algo para o outorgante, *salvo cláusula em contrato.*

5. PRAzO PARA A ESCOLHA‟ ENTRE PRESTAR A “AESTIMATIo” OU DEVOLVER O BEM. Nos contratos estimatórios, pode-se dizer qual o prazo, e é frequente no comércio, porém não essencial. Dá-se o mesmo quanto aos contratos de livrarias (II. BUEL, Das Ronditionsgeschãft im deutschen Buchhandels, *Zeitschrift flir das gesamte Handelsrech,ts,* 25, 156 e 163; K. O. ROSsIG, *Handbuck des Buchhandelsrechts,* 308

si.

Muitas vêzes foi dito que o têrmo é elemento essencial do contrato estimatório. Se falta o têrmo, ou há o uso do tráfica que o fixa, ou se há de entender que se adotou o têrmo empregado, antes, nos negócios entre o outorgante e o outorgado, ou se há de entender que ficou ao outorgante determiná-lo depois, ou exigir o preço ou a restituição quando tal atitude não seja abusiva. Não se há de recorrer à analogia com o depósito ou o comodato: naquele, o interêsse é do depositante; nesse, há favor do comodante. É diferente o que ocorre com o contrato. estimatório.

Há tôda a conveniência em que se fixe o prazo, porém não se pode considerar elemento essencial do contrato o prazo, e a prática do comércio prova que os contraentes, no contrato estimatório, freqúentemente deixam sem r

têrmo a posse própria

e o poder de disposição. O que não se pode admitir é que o outorgante possa pedir a restituIção do bem ou exigir o preço sem ter havido tempo para o outorgado exercer o poder de disposição.

Se não há prazo do uso do tráfico, nem do uso entre os dois contraentes, o problema tem de atender à finalidade do contrato, que foi e é a de dispor do bem o outorgado. Não se poderia cogitar de prazo que não lhe desse ensejo para isso, como o de dez dias para o livreiro vender os livros que o editor lhe remeteu. Em todo o caso, excepcionalmente, se há *exposição de mercadorias,* que somente vai funcionar dois dias, ou mais, ou apenas um dia, êsse é o prazo para o exercício do poder de disposição e o preço é devido se em tempo razoável não se restitui o objeto ou não se restituem os objetos. Se os contraentes não admitem o prazo que um dêles tem por prazo razoável, tem de haver a fixação pelo juiz, ou, se um dêles o tem por expirado, a apreciação judicial na ação que se proponha. Aliás, é necessário não se deixar de atender à regra jurídica do Código Comercial, art. 137: “Tôda obrigação mercantil que não tiver prazo

certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exeqUível dez dias depois da sua data". O art. 133 também é de invocar-se: "Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato".

No comércio de livros, o prazo ora é de um mês, ora de três meses, ora de seis meses, ora de um ano, dependendo do lugar em que está estabelecido o outorgado.

É de uso que o outorgante possa pedir a restituição dos livros, em caso de esgotamento da edição, para entrega dentro de um mês, ou dos tomos ou volumes não vendidos, a fim de completar coleções. Se o livreiro não os restitui, é devido o preço e não há mais a alternativa da restituição .

6."CONTRATO CONDICIONAL" DE LIVRARIA. No contrato condicional de livraria, não havia *facultas alternativa,* à diferença do contrato estimatório (sem razão, WEIDLING, *Das buchhdndlerische Konditionsgeschãft,* 130, e 1 <. COSACX, *Lehrbuch des Handelsrechts,* § 47)~ O pagamento era *in obligatione;* a restituNção, *in solutione* (II. EUHL, Das Konditionsgeschãft im deutschen Buchhandel, *Zeitschrift f"Ur das gesamte Handeisrechts,* 25, 155 s., 163 e 179).

Hoje, o contrato de livraria embora com o nome impróprio ("à condição") é contrato estimatório.

A discussão em têrmo do contrato condicional de livraria provém de. cada grupo ter considerado a figura jurídica em determinado momento da sua evolução, sem atender a que essa se ultimou com a sua assimilação ao contrato estimatório.

Por outro lado, as livrarias, conforme os seus fundos pecuniários, preferem outras figuras, ou para mais ou para menos do contrato estimatório de livraria.

Os primeiros documentos sôbre êle são do fim do século XVIIe comêço do século XVIII (um, precisamente, de 1669). Antes, as livrarias, quando queriam expor ou anunciar livros sem os comprar desde logo, trocavam, com ou sem a faculdade de restituir (cf. A. SCHÚRMANN, *Organisation und Rechtsgevoknheiten des deutschen Buchhandels,* 1, 36). Se o livreiro não mais podia vender no lugar em que era estabelecido os livros que tinha, ou demoraria muito a venda, tomava a decisão de oferecê-los em troca a outros livreiros, que os haviam de ter,

diferentes, em igual situação de mercado. Compreende-se que aí mesmo a figura da troca esmaecesse e exsurgisse, por vêzes, o contrato estimatório. Os editôres, por ocasião do lançamento das novidades, tinham de pensar em outra figura, porque a troca de modo nenhum lhes seria útil e quase sempre seria impraticável. A remessa "à condition~", ou "pro novitate", passou a ser usual. O abatimento de um têrço foi o mais empregado (A.

SCHtYRMAN&, *Die Usance des deutschen Ruchhandels,* 12), mas ora diminuiu para dez por cento ora cresceu para trinta por cento. Se o editor aumentava o preço, tinha o livreiro a escolha entre restituir o que ainda não vendera ou utilizar-se da alta, sem que pudesse fazer o mesmo o editor (cp. E. BUHL, Das Konditionsgeschãft im deutschen Buchhandel, *Zeitschrift flir das gesamte Handelsrech,t,* 25, 25, que previu dolo do livreiro). Os dados históricos não poderiam mostrar a classe do contrato de livraria, tanto êle mudou em três séculos. Cf. GEORO

HIRSCHBERG *(Der* Contractus aestimatorius *und seine Beziehungen zum buchhi.indlerischen Konditionsgeschdft und zur Verkaufskommission,* 1 s.).

Alguns juristas apenas pensaram em *mandato (e. g.,* G. PHILLIPS, *Grundsdtze des gemeinen deutschen Privatrechts,* II, § 285, 620), o que E. BUEL (25, 175) fortemente zurziu. Certamente, já o mandato perdera a característica da gratuidade; mas, ainda assim, o contrato de livraria não era revogável pelo outorgante nem a sua morte o extinguia.

Outros cogitaram da *locação de serviços,* o que não merecia, sequer, análises sérias.

Por outro lado, a falsa expressão "rémete em comissão", 4"dá em comissão", ou outra semelhante, levou os menos r

aten, tos à classificação do contrato como de comissão. O comissário e o livreiro obram no próprio nome, mas, êsse, em interêsse próprio e por conta própria, sem ter de apresentar as contas ao editor ou~remetente e apenas, se não restitui no prazo, há de pagar o preço fixado. O comitente pode retirar o encargo que deu; o editor ou outorgante, não, salvo cláusula explícita, implícita ou tácita.

Finalmente, houve quem considerasse o contrato como de compra-e-venda sob condição resolutiva e foi o próprio A.SCHÚRMANN *(Die Usancen des deutschen Buchhandels,* 165 s.). Ou sob condição suspensiVa, como KoCH

(em FR. VON HOLTZENDORFF, *Encyclopiidie,* II, 608). Primeiramente,

obser~ ve-se que nunca os contraéntes deram por vendidos os livros, de modo que se pudesse pensar em compra-e-venda sob condição resolutiva. Se o livreiro não vende, restitui, sem que se trate de desconstituição de eficácia de compra-e-venda. A propriedade hão se transfere ao livreiro, continua com o editor. Se chega o têrmo, sim; ai, o livreiro deve o preço que lhe foi fixado.

Contra a compra-e-venda sob condição suspensiva, o que se há de argUir, como mais forte razão contrária, é que o livreiro já está obrigado a restituir ou a pagar.

O que o chamado contrato condicional de livraria se tornou foi espécie não conhecida no direito romano e provàvelmente até o século XVII de contrato estimatório, o que se assentou desde H. BUHL (25, 180) e outros, como ERNST MICHAELIS *(Der Trõdelvertrag,* 69 s.).

No contrato de livraria a que devemos hoje, tirar o adjetivo "condicional", que lembra ~ expressão originàriamente usada *(Conditionsgeschtift,* "à condition"> costuma-se deixar margem à prorrogação a prazo (ou à renovação, que atingiria o contrato), no tocante aos livros não vendidos.

Nas ocasiões de exposições, a que sucede a venda em leilão dos livros restantes, pode provê-lo o outorgante do contrato estimatório, sem qualquer alteração das cláusulas contratuais se o preço mínimo não pode ser inferior ao que o outorgado tem de pagar. Fora daí, é do interêsse do outorgado que se preveja redução proporcional do que tem de prestar, a fim de que permaneça o seu lucro. A permissão de venda em hasta pública pode perfazer o contrato misto (contrato estimatório + contrato de venda em interêsse ou ajuda própria, *Selbstkilfeuerkauf)*.

O chamado "contrato condicional" de livraria é espécie de contrato estimatório, embora por vêzes se empregue com a cláusula sôbre o preço de venda; mas, ainda aí, o outorgado responde pelo preço que foi ajustado entre êle e o outorgante.

Os editôres costumam enviar circulares, a propósito dos contratos condicionais de livraria, ou dizer nas faturas o suficiente sôbre o contrato (cf. A. SCHURMANN, *Die Usancen des deutschen Buchhandels,* 69; *Organisatin und Rechtsge‟wohnheiten des deutschen Buchhandels,* II, 16).

Com o negócio condicional, o editor tem mais oportunidades, pela exposição dos livros e pela frequência das livrarias, de vender os seus

livros.

O preço para o livreiro ou é determinado, ou determinável. Se há referência ao preço de venda, para o público, é problema que se resolve como para o contrato estimatório em geral. A regra é o preço fixo.

Aos pactos entre os industriais e comerciantes, ou entre comerciantes, „com a *aestimatoria,* quase sempre se mesclam elementos de outros contratos como abertura de crédito, depóeito e dever de propaganda ou divulgação.

Todavia, o contrato estimatório, com a sua dívida alternativa, persisto inalterado, irradiando os efeitos que lhe são próprios.

EFICÁCIA DO CONTRATO ESTIMATÓRIO

§ 4.348. Posse e poder de dispor

1. CONSENSUALIDADE. No direito brasileiro, o contrata estimatório é consensual, e não real. A prática do comércio assim o fêz. O outorgado já tem direito à entrega do bem no dia mesmo em que aceita a oferta do outorgante, ou em que êsse aceita sua oferta.

Trata-se de negócio jurídico em que não se costuma exigir a aceitação expressa, pois o uso .do tráfico estabeleceu a dispensa, de modo que se tem por aceita a oferta se não chega a tempo a recusa (Código Civil, art. 1.084). Tal regra jurídica, de direito civil, é uso comercial, entre pessoas habituadas a tais negócios jurídicos.

2. ATITUDE CIENTÍFICA. Dizer-se que o outorgado, no contrato estimatório, recebe poder de disposição, é quase nada.

r

O mandatário recebe poder de dispor; em certos casos, o representante legal o tem; quanto a certos bens comuns, tem-no o marido e tem-no a mulher casada.

Tão-pouco, basta dizer-se que o outorgado foi autorizado a dispor (o

proprietário outorgou-lhe o poder de dispor).

O outorgado, no momento em que aliena o bem entregue em virtude do contrato estimatório, transfere propriedade e posse: posse, êle a tinha; propriedade, êle não a tinha, mas era possuidor próprio e como tal alienou o direito de propriedade, a que a posse própria corresponde (Código Civil, art. 622, □

2 a parte: ~ se o adquirente

estiver de boa fé, e o alienante adquiriu depois o domínio, considera-se revalidada a transfe rência e operado o efeito da tradição desde o momento do seu ato"; na espécie, o outorgado é como o *dono* ao alienar, o que é mais do que ser dono depois). O outorgante fêz possuidor próprio o outorgado.

3.ENTREGA, ADIMPLEMENTO PELO OUTORGANTE. A entrega do bem estimado já é adimplemento do contrato estimatório, que não é contrato real, pois o direito moderno se libertou do conceito de *contratos reais inominados,* que correspondeu a momento confuso das compilações romanas. Por isso mesmo tem-se de pôr de lado a afirmação de A. BRINZ *(Kritische Bĺitter civilistische Inhaus,* 18), de se tratar de elemento essencial do contrato estimatório, repetida por muitos (H. BUEL, Das Konditionsgeschãft im deutschen Buchhandel, *Zeitschrift* /1k *das gesamte Handelsrecht,* 25, 179; E. REINHOLD, *Der Trõdelvertrag,* 4; ED. CHAMBoN, *Beitrdge zum Obligationenrecht,* 1, 56; CHR. FE. VON GLÚCK, *Aus/iihrliche Erbuiuterung der Pandecten,* 18, 61; F. Lipi‟, *Beitrag zur Lehre vom Trôdelkontrakt,* 14). Chegou-se ao ponto de se permitir ao outorgante a reivindicação se o outorgado doava, trocava ou empenhava o bem estimado *(e. g.,* G. C. TREITSCHKE). Em vez disso, o poder de disposição, dito de venda, incluiu qualquer disposição e a própria de~truição ou deterioração.

4. NÃo HÁ VINCULAÇÃO A VENDER. De modo nenhum o outorgado é obrigado a vender (ED. CHAMBON, *Beitráge zum Obligationenrecht,* 1, 104; F. REGELSBERGER, *Trõdelvertrag, Encyclopãdie der Recht&wissensckaft* de FR. VON HOLTZENDORFF, II, *8,* 912; WEIDLING, *Das buchMndlerisehe Konditionsgesokãft,* 78).

5. RIsco DA ESPECULAÇÃO. O risco da especulação é todo do outorgado. Se as instruções do outorgante cerceiam o outorgado, já não se trata de contrato estimatório (KARL FRIEDRICI-IS, *Tràdelvertrag und Konditionsvertrag,* 11). Se a venda não se fêz ~porque o outorgado teve interêsse em não vender, não importa; nem há falar-se de ação de

indenização, como queria B. WINDSCHEID *(Lehrbuch,* fl, 9Y ed., 617, que não acolheu a crítica de KARL FRIEDRICHS).

No momento em que o outorgante entrega o bem ao outorxado, êsse é devedor do preço ou da restituição do bem (divida é alternativa). Ficou êle sem qualquer poder de disposição. Tem-no o outorgado. No momento em que o outorgado dispõe da propriedade do bem, com o exercício do poder de disposição que lhe foi atribuído, é questão de interpretação do contrato estimatório saber-se se o outorgado já está obrigado a pagar o preço, ou se só se obriga ao tempo em que expira o prazo. Dispositivamente, a última solução é que é a certa. Na prática, os outorgados também costumam vender a prazo (raramente, contratou estimatôriamente quanto aos objetos estimados que lhe foram entregues) e precisam contar com o decorrer do tempo para terem os fundos para o pagamento do preço.

6.ATOS DO OUTORGADO DURANTE A‟ POSSE PRÓPRIA.

O outorgado, com o poder de disposição, que tem, e a posse própria, que o outorgante lhe transferiu, pode praticar quaisquer atos que entrem na classe dos atos para os quais se precisa da livre disponibilidade. A despeito de se aludir à *venda* do bem estimado porque a compra-e-venda é o mais freqúente dos negócios jurídicos de promessa de alienação o outorgado pode concluir qualquer negócio jurídico, mesmo unilateral, e destruir ou danificar o bem estimado. Qualquer que seja o estado, em que êle se ponha, de não poder restituir, a conseqUência é obrigar-se ao preço. Dizemos “obrigar-se”, no sentido técnico, porque devedor êle já o era desde que se concluiu o contrato e o outorgante lhe transferiu a posse própria. Antes de receber o bem estimado, apenas se vinculara e passara o outorgante a dever-lhe a posse própria e quaisquer atos necessários ao exercício do poder de disposição.

No patrimônio, do outorgado, do bem estimado somente pode constar a posse própria. Tal posse própria é seqüestrável , arrestável e penhorável, ou constringível por outra qualquer medida cautelar ou executiva; apenas a eficácia da medida não pode continuar além do prazo para o pagamento do preço, se o outorgando dentro dêle não o paga. Uma vez que não o paga, há a restituibilidade e o outorgante é credor com direito à restituição (Decreto-lei r

n. 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 76:

“Pode ser pedida a restituição da coisa arrecadada em poder do falido

quando seja devida em virtude ... de contrato”>,-pois a propriedade é do outorgante e em virtude de contrato é que o outorgado tem a posse própria. A restituição pode ser pedida, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa (Decreto-lei n. 7.661, art. 76, §

1.~), pois a massa não podia alienar sem cumprir o contrato e a restituição há de ser feita conforme o art. 44, IV, do Decreto-lei n. 7.661, por analogia (Código de Processo Civil, art. 344 e §§ 1.o~6.0).

O outorgante não é credor privilegiado, como desacertada mente se estabeleceu noutros sistemas jurídicos. Tem direito, pretensão e ação à restituição, ou ao pagamento do preço.

Quanto às *medidas cautelares,* ou se teria de afastá-las, o que seria em contradição com a aquisição da posse própria pelo outorgado, ou teriam elas de atender a que a posse própria é enquanto não tem o outorgado de restituir ou pagar.

 Se, mesmo sem ter havido decretação de abertura da falência, ocorre seqUestro, arresto ou outra medida cautelar, ou executiva, o outorgante pode ir a juízo mostrar que a posse do outorgado, embora posse própria, está sujeita à restituição, ou à prestação do preço, que o outorgado já deve embora alternativamente Por certo, o outorgante não pode ir a juízo exigir que se lhe pague o preço em vez de se pagar ao outorgado: o seu direito é somente de crédito contra o outorgado.

Por outro lado, cumpre observar-se que as medidas cautelares e executivas sêmente podem incidir sôbre a posse própria, e não sôbre a propriedade, porque essa não está com o outorgado: ficou com o outorgante. Pelo fato de o outorgado ter o poder de dispor não se pode concluir que se possa exercer qualquer pretensão constritiva sôbre a propriedade. Nenhuma medida constritiva, quer cautelar quer executiva, pode ir até aí.

O outorgado poderia alienar, ou ter alienado o bem estimado, porém isso não expõe o bem a que os credores o venham seqUestrar, arrestar ou penhorar, ou por outro modo fazer recair sôbre êle medida constritiva. Enquanto o outorgado não dispõe da propriedade, o que se lhe permitiu, e da posse própria, que é sua (embora restituível), só o outorgante, proprietário que é, está exposto a medidas constritivas da propriedade, quer cautelares quer executivas. Qualquer dessas medidas encontra propriedade que a cada momento pode ser alienada por outrem. Os interessados o que podem fazer é requerer a intimação do outorgado a que, se tiver de pagar o preço, por ter alienado, ou querido ficar com o bem, requeira, por sua vez, a sub-rogação real. O

terceiro, que vai prestar o preço ao outorgado, é legítimo interessado para intervir no processo.

O outorgado tem o poder de dispor da propriedade e da posse própria do bem estimado. Não há crime se êle vende sem pagar o preço ao outorgante (CAVELOITO, Appropriazione indebita e contratto estimatorio, *Scuola positiva,* 1928, II, 526 5.; sem razão, NEPPI, *Ii Contratto estirnatorio,* 186).

§ 4.349. Problema da propriedade do bem estimado

1g

1.OUTORGANTE E PROPRIEDADE. A propriedade após o contrato estimatório e a tradição de bem continua com o outorgante. O poder de disposição é que passa ao outorgado.

Tem-se pensado em que a razão disso está em que existe vínculo de destinação do bem, porém tal argumento supóe que a destinação ponha fora da atuação do dono o bem destinado. Tratar-se-ia, digamos, de destinação extrema, esvaziante do direito de propriedade: como que se cortaria ao direito de propriedade o direito de dispor.

A inalienabilidade opera objetivamente, o bem fica inalienável; aí, transmitir-se-ia, e transmitir-se-ia com plena liberdade, sem limites, sem causa econômico ou política que o justificasse. Por onde se vê que se tem de buscar explicação para a transferência do direito de dispor, que, na espécie, ocorre sem a transferência do direito de propriedade. Mais: poder de dispor sem qualquer atenção ao interêsse do titular do direito de propriedade.

O outorgante só tem direito ao preço, ou à restituição do bem ou do seu equivalente em dinheiro (indenização por ato ilícito relativo, inclusive responsabilidade ainda se dando em caso fortuito ou fôrça maior). O que importa é saber-se porquê isso se dá.

Na L. 5, § 18, D., *de tributaria actione,* 14, 4, diz ULPIANO:

“Sed si dedi mercem meam vendendam et extat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. et si quidem in creditum ei abu, tributio locum habebit: enimvero si non abu, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse”.

Se alguém deu mercadoria para que se vendesse, indagava ULPIANO se não era injusto cobrar-se tributo ao *tradens.* Se houve empréstimo, cabe a contribuição , mas se tal não ocorreu, tudo se passa como quando não se transmite a propriedade. O texto era de invocar-se a propósito do contrato estimatório (ED. CHAMBON, *Reitrtíge zum ObUgationenrecht,* 1, 68 s.; A. BRINZ, *Kritische Biátier civiUstischen Inhalis,* 1, 84 s.; E. W.

r

LEIST, *Mancipation und Eigentumstradition,* 239-254).

Na L. 26, pr., D., *de praescriptis verbis et in .factum adionibus,* 19, 5, POMPÔNIO fala da entrega de taças em comodato e da entrega de taças para que se contraprestasse o pêso de prata que nelas havia. No segundo caso, a ação *praescriptis verbis* era para que se contraprestasse o mesmo pêso de prata tão boa quanto a das taças; e o mesmo havia de ocorrer se se acordara que se restituissem as taças ou se contraprestasse em qualquer prata, sendo a escolha do outorgado, porque as taças se fizeram dêle; se a escolha cabia ao outorgante, não, porque não se fizeram do outorgado ("sed si ut vel hos scyphos vel ut eiusdem ponderis argentum dares, convenit, dicendum est, si quidem tua est electio, scyphos statim tuos fieri et te mihi dare aut scyphos aut argentum utrum malis: quod si mea est electio, scyphi tui non fient antequam dixero me eos habere nolle"). Com essa citação, que foi de reintegração mommseniana. OTTo WENDT (Rechtssatz und Dogma, *Júhrb‟iicher fruir die Dogmatik,* 29, 392

s.) pretendeu que o *vendendum dare* transfere a propriedade, à diferença do que ocorria com o *vendere.* Mas sem razão.

2.POSSE DO OUTORGADO. O problema da posse que recebe o outorgado não tem sido tratado convenientemente, devido a deficiências da teoria da posse na quase totalidade dos sistemas jurídicos. O que surpreende os investigadores é que a posse recebida dê ao outorgado o poder de dispor, que seria do dono, do outorgante, com a particularidade de não obrar em nome do dono a pessoa que recebeu o bem. A posição jurídica do outorgado é plena e autônoma. Todos os riscos, inclusive por caso fortuito ou fôrça maior, são do outorgado.

Se a restituição se torna impossível por fôrça maior ou caso fortuito, não importa: o preço é devido. Por outro lado, todos os atos de alienação que o outorgado pratique são eficazes e nenhum ato do

outorgante o é. Ésse nem pode dispor, nem exercer qualquer ato de posse; nem os terceiros podem, indo contra o outorgante, exercer qualquer pretensão à constrição, seja executiva seja cautelar, que retire o poder de dispor que tem o outorgado.

Durante o tempo que vai da conclusão do contrato e da entrega até o têrmo, o outorgante só tem crédito a haver o preço ou a reaver a posse do bem.

Surgiam duas dificuldades: j,Quem é o dono do bem? j,Qual a posse do outorgado, se o outorgante não a tem?

O poder de dispor da propriedade em principio pertence a quem tem a propriedade. Mas, no contrato estimatório, tem-no o outorgado, e não no tem o outorgante. ~ Será que êle transferiu a propriedade? De modo nenhum. Se houvesse transferido a propriedade do bem, não se trataria de contrato estimatório, mas de compra-e-venda, provàvelmente de compra-e-venda para revenda.

§ 4.350. Após o prazo

1.QUANDO SE TRANSFERE A PROPRIEDADE. A não-transferência da propriedade ao outorgado sempre foi traço característico do contrato estimatório (cf. G. H. BRÍICKNER, *Diss. de contractu aestimatorio,* § 5). Isso não quer dizer que, enquanto não se vende o bem, ou o outorgado não o adquire, possa o outorgante exigir a restituição, como queriam W. A. LkUTERnACIT,

1 <. C. HOFACKER *e outros.* Razão tinham J. E. FLoERCKE *(Diss. de contractu aestimatorio tanquam contractu norninato,* § 14) e CHR. GOTTL. RICCIUS *(Exercitationes XVII de universo inris cambialis,* exc. VI, 70) em refugar o romanismo da restituição a líbito do outorgante.

A propósito de ser *real* ou *consensual* o contrato estimatório, cumpre pôr-se de lado o que com facilidade surpreendente se tem escrito, e compreender-se o que ocorreu por ocasião do surgimento da teoria pós-clássica, que constituiu nova classe de contratos, a dos contratos inadaptáveis às figuras existentes. Para os compiladores pós-clássicos desde que o negócio jurídico bilateral se concluísse, com prestação e contraprestação, logo que um dos figurantes prestasse o que prometera lhe nascia ação *prescriptis verbis* contra o outro. Havia a semelhança com os contratos reais, como o comodato, porém a conclusão era antes. A pouca finura dos compiladores teve como resultado retrocesso, em vez de progresso, pois de certo modo se não

atendera à teoria dos contratos consensuais. O que se queria era estender-se aos contratos sem as formalidades clássicas a doutrina vigente, porém faltou a genialidade aos elaboradores.

Na prática do Brasil, os contratos estimatórios são com simples fatura, ou mediante instrumentos particulares em que se dizem as quantidades e as datas ou estações em que se remetem os bens estimados. O outorgado tem a ação de adimplemento, porque mais não se está no ambiente romano em que se precisaria de ter havido prestação para que o outro contraente tivesse de prestar o que prometeu.

No direito brasileiro, não se precisa que o outorgante haja prestado para que tenha *causa:* o contrato estimatório é r

consensual e causal. Concluído, já vinculou, já há a pretensão de cada um dos contraentes; não se precisa recorrer à *actio praescriptis verbis,* invocando-se o fato de ter o outorgante entregue o bem estimado. A própria troca, que fôra contrato real inominado, foi consensual no direito luso-brasileiro e o é no direito brasileiro.

GIOVANNI BAIm *(Ii Contratto estimatorio,* 34) escreve que, se se admite que o outorgado é proprietário no momento em que dispõe do bem, se deve admitir que já se tornara proprietário no momento da tradição. Porém tal ilação resulta de ter eliminado a existência do próprio contrato estimatório, que deu o poder de disposição, razão por que não simples contrato de compra-e-venda seguida de tradição. Se a propriedade se havia de transferir cdúín~ tradição da posse, tratar-se-ia de compra-e-venda e de tradição em virtude dela, não com a obrigação alternativa (o preço ou a *res),* mas com o pacto comissório.

Aliás, também não é verdade que o outorgado se faça proprietário no momento em que dispõe do bem. No momento em que Ole dispôs do bem, alguém o adquiriu do outorgante, através do outorgado. Se o outorgado paga o preço, ou deixa expirar o prazo, adquire-o do outorgante. Só há ali e aqui, um negócio jurídico, que é o do contrato estimatório: o outorgado foi a pessoa através de quem se fêz a alienação ao terceiro (compra-e-venda), ou a quem se fêz. Se o outorgado doa, em virtude do poder de disposição, deve o preço ao outorgante e gratuitamente transmitiu a propriedade. (O direito fiscal tet aí o problema da incidência do tributo: a sôbre a alienação onerosa pelo outorgante ou sôbre ato "esvaziado" do outorgado? Ao outorgado é que incumbe deixar visível o esvaziamento de onerosidade, ou deixar de fora a gratuidade: o acôrdo de transmissão é abstrato e presta-se a isso. O negócio jurídico gratuito"é estranho ao contrato

estimatório: algo de justajacente.) Não há dúvida que a pessoa que quer alienar, a quem chamamos outorgante, espera o correspectivo, que foi fixado, porém não o quer desde logo, nem a têrmo, sem saída para o outorgado. 1-lá a porta abrível da restituição. Se o outorgado no têrmo não paga o preço, tem de restituir. Alguém comprará o bem, ou terceiro ou o próprio outorgado, ou o bem lhe voltará. O bem é seu e continua seu, pôsto que êle haja preferido o preço à restituição.

O outorgado, êsse, não adquire o bem, não o quer para si, nem para outrem, imediatamente. Quer e obtém a livre disponibilidade; portanto, o poder de dispor. Em principio, só tem poder de dispor quem é dono, ou quem se põe no lugar do dono, como o procurador, ou o representante legal. No contrato estimatório, há plus: o poder de dispor passa a êle, sem ser *sombra* do poder de dispor do outorgante. O outorgado pode dispor do bem mesmo contra a vontade do dono, outorgante no contrato estimatório. (Na dimensão econômica, o outorgado acarreta com tôdas as despesas que a função de vender pode ter e assume os riscos do bem entregue, como se dono fôra.) Findo o prazo, <a propriedade do bem passa ao outorgado se êle não pagou o preço? TEIxEmA DE FREITAS

(Esbôço, art. 2.107, § 39) entendia que não devia haver a transmissão.

O outorgante poderia exigir a restituição, se não fôra alienada,com a indenização dos danos, ou é de interpretar-se o preço, com as perdas e danos.

De lege lata, essa não é a solução acertada. O outorgado adquiriu ou outrem adquiriu a propriedade sem que o outorgado houvesse cumprido a sua obrigação, que era alternativa. A transmissão operou-se; deve êle o preço.

2. INTEGRAL EFICÁCIA DO CONTRATO ESTIMATÔRIO . A eficácia do contrato estimatório é completa quando se compram tôdas as dívidas e a propriedade se transfere a alguém, ou quando o bem se restitui ao outorgante, sem ter o outorgado de prestar qualquer indenização. Mas a propósito da transmissão o outorgado que não restitui, nem alienou a outrem, fêz-se dono, devedor do preço.

§ 4.351. Vinculação do outorgado

1.PRAZO PARA Á VENDA DO BEM. Se foi estabelecido têrmo, dentro dêle o outorgado tem de restituir o bem ou pagar o preço. Após o têrmo, é devido o preço, porque a propriedade do bem se transferiu.

Se no contrato se disse quanto teria do preço ooutorgado se não pudesse vender por preço mais elevado o bem estimado, a cláusula não muda a natureza do contrato (L. 2, D., *de aestimatoria,* 19, 8; A. BRINZ, *Kritische Btãtter civilistischen Inhalts, 6* s.).

Se não foi estabelecido têrmo, tem o outorgante de interpelar judicialmente o outorgado, convindo pedir-se ao juiz que fixe prazo razoável.

2.Pnço. O preço é que importa, a *aestimatio.* A disposição da propriedade é pelo preço que o outorgante fixou e r

sôbre o qual houve o acôrdo. O outorgado recebe o bem *ad vendendum.*

3.OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS E CONTRATO ESTIMATÓRIO.

Na há dúvida que,, para o outorgado, no contrato estimatório, há divida alternativa. A certo momento, será êle obrigado ou a prestar o preço, ou a restituir o bem de que obtivera a posse. O preço ou êle o entrega após ter vendido o bem, ou tirando do seu patrimônio a quantia, para ficar com o bem. Viu-se aí combinação de dois contratos, de jeito que a escolha seria entre contratos (KAILL FRIEDRICHS, *2"ràdelvertrag und Konditionsvertrag,* 23). Mas essa concepção se prenae a GATO *(Institutiones,* III, 146) e a exemplos de R. VON

JEERING *(Die Jurisprudenz des tãglich,en Lebens,* 13 e 20). GAIO falou de quem envia gladiadores com a cláusula de serem pagos vinte

dinheiros, a título de salário, pelo trabalho de cada um que saia intacto e mil dinheiros em caso de morte ou ferimento de cada um. Pergunta-se, dizia êle, se, em tal caso, há venda ou locação, e a opinião mais geral e a de haver dois contratos, o de locação quanto aos que escaparem ilesos, e o de compra-e--venda quanto aos que morrerem ou forem feridos. O contrato é misto, não é de locação nem de compra-e-venda.

No contrato estimatório, não há o azar: o outorgado escolhe.

4.DÍVIDA DA CONTRAPRESTAÇÃO. O outorgado é devedor da contraprestação, mas, em conseqUência da prática através da história, o outorgante admite que, em vez de prestar o preço, restitua. Se não se considera a restituição como liberação em virtude de ser *cum facultate solutionis* a dívida, tem-se de considerar a dívida como só do preço e a restituição como resolução voluntária pelo outorgado. Diz-se ser estranho que se possa pensar em faculdade de adimplemento quando se riscam os *efeitos* do contrato. Sem razão. A restituição pode ser sem resolução do contrato. O mandatário que restitui o que não pôde vender não resolve o contrato, nem o destrói.

Exatamente a estrutura do contrato de estimação alude a que é do interêsse do outorgante que, em vez de vender pelo que der, o outorgado, que não vendeu, nem quer comprar, restitua o bem. As críticas de GIOVANNI BALBI *(Ii Contratto estimatorio, 44)* à concepção de NICOLA COVIELLO (Del Contratto estimatorio, *Rivista italiana di Scienze giuridice,* 16, 7 s.) e a LurnI TARTUFARI *(De lia Vendita e dei Riporto,* 39 s.), que seriam a tantos outros, de tantos países, que os precederam, pecam pela base. Se a restituição não fôsse,in *obligatione,* ~„,como se compreenderia que o outorgante tivesse ação para pedir a caução da restituição ou do preço, em caso do art.

1.092, □

2 a alínea, do Código Civil, onde. está a *exceção de inse guridade?* Cf. Tomo XXVI, § 3.129. O outorgado pode escolher até o último momento do prazo; depois, não há mais a gíternatividade. No momento último, o que era só dívida fêz-se obrigação *cum facultate solutionis.* Até o momento último, há a divida de restituir ou prestar o preço. No momento último, há a obrigação, e a falta de escolha extingue.

5.Riscos DO BEM ESTIMADO E A ENTREGA. O outorgado tem todos os riscos porque o outorgado tem a posse própria.

A sua posse é como a de qualquer possuidor próprio se o proprietário não tem posse, ou se não há proprietário. O

outorgado não recebeu parte do conteúdo do direito de propriedade, recebeu a posse própria, de que se desfez o outorgante até certo momento ou depois, definitivamente, se até êsse momento o outorgado lhe presta o preço do direito de propriedade e posse.

O outorgado ou exerce os podêres que lhe advêm da posse própria, ou não os exerce e tem de restituir o bem.

Exercendo

o poder de disposição, tem de prestar o prego.

A confusão, em que incorrem alguns juristas, quando tornam direito real o direito do outôrgado, resulta de não verem que direito real é o *direito de posse,* e foi êsse direito de posse que o outorgante transferiu ao outorgado.

Expirado o prazo, o direito de posse, que foi transferido a têrmo, se extingue para o outorgado, que passa à situação de quem tem de restituir, ou indenizar, ou prestar o preço.

O contrato estimatório é negócio jurídico bilateral de alienação da posse própria, razão por que o outorgado fica com poder autônomo de disposição, poder temporário de livre disposição.

Qualquer modo de transferência da posse, que não seja contra a vontAde do outorgado, basta a ter-se por adimplida a promessa do outorgante. A opinião daqueles juristas estrangeiros que só reputam satisfatória a tradição simples parte da suposição de se tratar de contrato real, porém nem sempre o contrato real o exige, nem o contrato estimatório, no direito brasileiro, é contrato real. Se o livreiro admitiu receber > os livros que o editor tinha noutra livraria, ou se pediu ou anuiu em ficar com a chave da loja em que estão os livros, a posse transferiuse. Se no lugar não estão todos os livros, ou alguns livros, ou se falta um livro, é outro problema. No r

direito brasileiro, abstrai-se do *corpus* como do *anímus.* A repulsa ao que eles chamam aparência de transferência da posse provém de imperfeita teoria da posse a que se aferraram.

Nem se diga que o outorgado precisa do poder de dispor e, se êle não recebe o *corpus,* lhe falta a situação fáctica e jurídica para a disposição. O livreiro ou outro comerciante pode vender o que noutra livraria e se já lhe foi transferida a posse. Pode dar-se que o próprio outorgado tenha interêsse em todo ou parte do estoque que lhe foi estimado permaneça em casa do outorgante *(e. g.,* nos depósitos do fabricante, ou no armazém do editor) e até se comunique com êsse para as remessas diretas aos fregueses. A posse mediata imprópria está com o outorgante, tendo o outorgado recebido, tvlvez com a fatura, a posse própria mediata.

O que se há de entender é que, na falta de cláusula contratual, o outorgado há de receber os objetos estimados no seu negócio (ou em parte própria do estabelecimento, como se os objetos são de natureza

a só se entregarem a armazém do outorgado, ou curral, ou estrebaria).

Manifestação de vontade do outorgado pode fazer suficiente ao adimplemento por parte do outorgante a remessa a outro enderêço que o do domicílio do outorgado. Aí, evidentemente, os riscos foram por êsse assumidos desde a expedição.

Não há princípio a *priori* sôbre a transferência dos riscos no que concerne aos modos de transmissão da posse. Se a expedição é por conta do outorgante, como se dá normalmente, no tráfico dos negócios estimatórios, os riscos começam do recebimento, porém o outorgante pode sempre manifestar quando entende que recebeu, antes de retirada fáctica.

Quanto aos riscos, COELHO DA ROCHA *(Instituições,* II, § 825,43) queria-os ligados à propriedade; portanto, a cargo do outorgante, que~ continuaria proprietário. Citou, para isso, o Código Civil austríaco, § 1.086, mas a sua ilação sôbre os riscos ia contra o direito romano subsidiário.

(Quanto ao *pericUlum* que a *aestimatio* produzia, conforme o L. 1, § 1, D., *de aestimatoria,* 19, 3, o que se há de entender é que os compiladores do Digesto amalgamaram opiniões de ULPIANO que aparecem a respeito de diferentes questões e há certa contradição com a L. 17, § 1, D., *de praescriptis verbis et in factum actionibus,* 19, 5, e a L. 11, pr., D., *de rebus creditis si certum petetur et de condictione,* 12, 1. ULPIANO mesmo como que tacteava. Cf. W. OSUCHOWSKT, Notes critiques sur l"interprétation du D. 19, 8, § 1, 1, *Atti dei Congresso internazionale di Diritto Romano e di Storía dei Dirilto,* 367 s.

O que nos importa é sabermos o que foi que recebemos e como se ajusta à ciência de hoje.) Quanto aos riscos, não se invoque -o princípio *Res ~perit ereditori,* porque o contrato mesmo, por sua natureza, consistente em entrega da posse própria, o afasta. Nem o princípio *Res perit domino,* porque houve a transferência da posse própria. Nem o outro, *Dominus eM cui res perit,* porque não éverdadeiro. Sê-lo-ia noutros têrmos, o que não escapou & J. II. BOEHMErt: "Cuius est periculum rei, lílius quoque ordinarie debet esse rei dominium".

Se a prestação de restituição da posse própria se tornou impossível, subsiste a do preço (Código Civil, art. 885).

Se a prestação do outorgado se tornou impossível por culpa do

outorgante *(e.* g., fêz contrato estimatório a respeito de bem que já estava viciado), o preço não é devido.

Os riscos do caso fortuito ou da fôrça maior são de quem não é dono, sempre que há razão para isso. O possuidor próprio sofre a fortuidade. Um dos casos é o do devedor em mora, que responde pela impossibilidade da prestação, ainda que a impossibilidade resulte de caso fortuito (Código Civil, art. 957). Por vêzes o locatária responde pelos prejuízos decorrentes do caso fortuito (art. 1.196). O comodatário pode ter a responsabilidade mesmo se houve caso fortuito (art. 1.253), regra jurídica que bem poderia ser, *de lege ferenda,* estendida ao outorgado do contrato estimatório.

Não se pode atribuir ao poder de disposição, que tem, no contrato estimatório, o outorgado, a natureza do poder de disposição que têm os compradores. Isso seria volta ao tempo em que se via no contrato estimatório contrato de compra-e-venda *(e. g.,* PAOLO GRECO, *Lezioni di Diritto Commerciale, 1 cow. tra.tti,* 153 s.). O poder de disposição, para que fôsse oriundo do direito de propriedade, teria de ter sido transferido ao outorgado êsse direito; e isso não ocorre no contrato estimatério. O outorgado não coMprou, recebeu apenas posse própria, a têrmo. Durante êsse tempo, tem êle a livre disposição.

6.RESTITUIÇÃO PELO OUTORGADO. Quando o outorgado o bem estimado, extingue-se a dívida do preço.

A dívialternativa. O outorgante recebe a posse própria, de que se havia privado, amputando, por bem dizer-se, a propriedade que ficou, na iminência de também se transferir.

Se o outorgado paga o preço, no momento em que o faz o outorgante perde a propriedade, pôsto que possa intercalar-se a observância de alguma formalidade para a transmissão do direito.

r

O ato de restituição do bem, por parte do outorgado, é tradição da posse própria; exige-se, portanto, a tradição. Se o outorgante não quer receber o bem, pode o outorgado pedir o depósito para que o retire quem tenha direito. Se o outorgado o recebe, houve o acôrdo de transmissão da posse própria (na espécie, retrotransmissão da posse própria).

Se, ao chegar-se ao último momento em que o outorgado podia restituir, êle não o faz, a propriedade deixou de ser do outorgante e o

outorgado deve o preço. £ sem qualquer eficácia qualquer manifestação do outorgado no sentido de prometer restituir ou de querer restituir. O que importa é a restituição.

A restituição não é só faculdade do outorgado. tle deve o preço ou a restituição. Cabe-lhe a escolha. Não se trata, absolutamente, de resolução voluntária, nem de denúncia. O outorgado paga ou restitui. Se não restitui quando tem de pagar ou restituir, é obrigado ao preço (nasceu a pretensão do outorgante à prestação do preço). Se não restitui nem paga, nasceram a pretensão e a ação para adimplemento da dívida.

Na doutrina aparecem configurações da restituição como revogação, como condição resolutiva potestativa e como condição suspensiva, porém tudo isso destoa da natureza do contrato estimatório. Não se retira *voz,* não há, de modo nenhum, *revocatio.* O outorgado, em vez de ir contra o suporte fâctico do contrato, cumpre a sua obrigação alternativa, porquanto lhe cabe a escolha. Nem se pode pensar em *condição resolutiva,* potestativa, porque a propriedade não se transferiu, só se transferiu a posse própria, com o poder de disposição, e a restituição é alternável com o pagamento do preço, e não fato resolutivo (sem razão, PAOLO GRECO, *Lezioni di Diritto Commerciale, li Contratti,* 154). Nem cabe qualquer alusão a condição suspensiva, a respeito da propriedade, pois a propriedade passa a outrem quando o outorgado exerce o poder de disposição, ou o que paga o preço, sem transferi-la a outrem, c~iso em que o adquirente é êle próprio. Sem razão, ANGELO

DE MARTINI *(Pra (Iii ddlla Vendita cornmercialc e dei contratto estimatoria, 473* s.). Não há cláusula mexa, nem resolutiva, nem suspensiva. Transferisse a posse própria e atribuiu-se poder de dispor, para que o outorgado pudesse vender ou ficar com o bem, ou restituir, caso em que se extingue a dívida do preço.

Se o outorgado não mais pode restituir, ou porque já vendeu os bens estimados, ou porque alguma impossibilidade, mesmo por fôrça maior ou caso fortuito ocorreu, é devedor do preço, sem mais aquela alternativa que havia. Aí, deu-se também atingimento do direito de propriedade do outorgante, razao por que é de entender-se que, não sendo temporária a impossibilidade, o outorgante pode reclamar o preço.

Pode-se imaginar a espécie em que o outorgado venda sob condição resolutiva o bem estimado e, assim, dentro do prazo, lhe seja possível restituir. Ai, tem êle o ônus de afirmar e provar.

Quase sempre, nos contratos estimatórios de bens genéricos, a impossibilidade somente concerne a alguns bens, que teriam de ser restituidos oportunamente. Se isso ocorre, o pagamento há de ser feito quanto aos bens que não podem mais ser restituidos.

A restituição tem de ser feita no mesmo lugar em que se consumou a tradição, sendo de interpretar-se que o outorgante por conta de quem correram as despesas de expedição também está adstrito a buscar os bens estimados no lugar em que lhe são postos à disposição. Não assim, aquêle outorgante que tem direito a cobrar do outorgado as despesas de expedição, porque, então, é de entender-se que acordaram em que as despesas da restituição também sejam por conta do outorgado.

Com a restituição, qualquer que tenha sido a tradição, cujo modo o outorgante não poderia repelir, cessou a posse própria e o poder de dispor do outorgado. O outorgante, proprietário que continuara de ser, tornou-se possuidor próprio, com o poder de dispor, que o contrato estimatório, por sua estrutura e conteúdo, lhe extraira ao direito de propriedade. Qualquer ato de disposição, daí em diante, por parte do outorgado, é ofensivo da posse e da propriedade do outorgante.

Nos contratos estimatórios de ourivesaria e de jóias, se o objeto é composto de pluralidade de bens, tem-se entendido implícita a cláusula de não ser restituível todo o objeto, mas parte dêle. Pode parecer que assim se deturpa o contrato estimatório, mas sem razão. A cláusula, se se referisse a quantidade mínima, de modo nenhum faria misto o contrato. Se no lugar a porção que não se há de restituir é de menos de dez por cento, a cláusula funciona como de cobrimento das despesas.

7. FRUTOS DO BEM ESTIMADO. Quanto aos frutos não se pode dizer que sempre dêles se desinteresse o outorgante. Nem seria de admitir-se o argumento de que a restituição dos frutos implicaria ingerência do outorgante na posse própria do outorgado. De regra, os frutos são do outorgado, que tem a posse própria, mas essa posse é restituível. Não se pode tratar igualmente a posição do outorgado no contrato estimatório sôbre plantas que florescem e a posição do outorgado no contrato estimatório sôbre éguas e vacas prenhes ou sôbre títulos com r

cupões de juros ou de dividendos. No caso de patrimônio estimado não se pode deixar de vender a retirada de elementos do patrimônio,

mesmo se consistentes em frutos.

8. RENÚNCIA À ALTERNATIVA DA RESTITUIÇÃO. Se o outorgado comunica ao outorgante que não deseja restituir portanto, que pagará o preço o que se há de entender é que o adimplemento continua a seu arbítrio, dentro do prazo, pois não renunciou a êsse. A interpretação que vê, aí, renúncia à escolha desatende a que apenas comunicou propósito. *Aliter,* se o outorgado faz comunicação da sua renúncia à alternatividade.

9. RESTITUIÇÃO SATISFATÓRIA E IMPOSSIBILIDADE. Se não há pluralidade de bens que constitua o objeto do contrato estimatório, de jeito que a respeito de cada um possa haver alienação, a restituição é de todo, como se o contrato estimatório foi quanto a mobília completa de sala ou de quarto.

Se a alienação podia ser de cada um dos bens, ou de pares, ou de coleções inclusas na pluralidade de bens, a restituição pode ser de um bem ou mais, ou de par ou pares, ou -de coleção ou de coleções.

Sempre que a restituição é do todo, a impossibilidade parcial opera como se fôsse total, pois o que se permitiu foi a restituição da pluralidade em sua integridade.

Se somente versa sôbre um bem o contrato estimatório, o que às vêzes ocorre no tráfico comercial porém não é freqUente, a restituição tem de ser do bem em seu perfeito estado (r tal qual foi recebido). O outorgante não teria interêsse em receber o que ficou danificado, ou diminuído de valor por não estar íntegro o objeto.

10. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES DO OUTORGA]» Se,dentro do prazo, o outorgado infringe alguma cláusula contratual, de que possa resultar resolução, a eficácia resolutória apenas tem como conseqUência a restituIção da posse, pois a propriedade ficava ao outorgante, e a indenização dos danos. Se o outorgado não restitui a posse, esbulha o outorgante, que, em virtude da resolução, passou a ter direito à posse própria.

Se, antes disso, o outorgado escolheu a sua prestação, isto é, se comunicou que quer ficar com o bem, deve o preço, e a resolução que sobreviesse seria para a restituição da posse e da propriedade.

Se o outorgado pagou, ou não pagou o preço, não importa:

o que importa é que se deu a escolha, escolha que é tácita se o prazo expirou.